



Institutional Repository - Research Portal Dépôt Institutionnel - Portail de la Recherche

researchportal.unamur.be

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La Cour de cassation a-t-elle commis un 'dénier de renvoi préjudiciel' à l'occasion de l'affaire I.N.U.S.O.P. ?

Nihoul, Marc

Published in:
R. Cass.

Publication date:
1996

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):

Nihoul, M 1996, 'La Cour de cassation a-t-elle commis un 'dénier de renvoi préjudiciel' à l'occasion de l'affaire I.N.U.S.O.P. ?', *R. Cass.*, p. 205-230.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

La Cour de cassation a-t-elle commis un "dénier de renvoi préjudiciel" dans l'affaire I.N.U.S.O.P.?

Marc NIHOUL

Assistant Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix (Namur)

Avocat

INTRODUCTION

1. La question préjudicielle. Dans un procès administratif ou judiciaire, civil ou pénal, il arrive qu'une partie conteste la constitutionnalité de la loi, du décret ou de l'ordonnance à appliquer par le juge. La question relève de la compétence exclusive de la Cour d'arbitrage.¹ Il importe donc de la lui déférer dans les limites de cet objet. La partie dispose à cet effet, sans aucun délai pour agir, d'un instrument juridique approprié qui débouche sur un contrôle concret: la question préjudicielle que la juridiction, devant laquelle il se trouve, décide de poser à la Cour d'arbitrage.

L'instrument est complémentaire du recours en annulation à introduire devant la même Cour dans les six mois sui-

vant la publication.² Celui-ci donne lieu, quant à lui, à un contrôle abstrait de constitutionnalité. Mais dans les deux cas, l'alinéa 2 de l'article 142 de la Constitution limite la compétence de la Cour. Elle statue par voie d'arrêt sur les conflits entre la loi, le décret et les ordonnances, sur les conflits entre les décrets entre eux et entre les ordonnances entre elles, ainsi que sur la violation par les normes précitées des articles 10, 11 et 24 de la Constitution et des articles de la Constitution que la loi spéciale détermine.³

La Cour d'arbitrage exerce donc un contrôle limité à la validité des normes de valeur législative, par référence aux règles de répartition des compétences, aux principes d'égalité et de non-discrimination ainsi qu'à la liberté de l'enseignement.⁴

¹ Art. 142 de la Constitution coordonnée. A défaut de mention expresse, les articles constitutionnels cités dans les observations suivent la numérotation établie en 1994.

² Ainsi, au terme de l'art. 4, 2° de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, un nouveau délai de six mois est ouvert pour l'introduction d'un recours en annulation lorsque la Cour conclut, sur question préjudicielle, à la violation d'une des dispositions de référence. Toutefois, seuls peuvent introduire ce recours le Conseil des ministres ou le gouvernement d'une communauté ou d'une région. Il faut encore préciser que le recours en annulation et la question préjudicielle sont des modes de contrôle *a posteriori* de constitutionnalité, à distinguer du contrôle *a priori* exercé par la section de législation du Conseil d'Etat et par le Comité de concertation *avant* l'adoption des normes concernées.

³ Ni la Constitution, ni la loi spéciale n'établissent de distinction quant à l'étendue du contrôle de constitutionnalité impartie à la Cour selon le mode de sa saisine. Voy. C.A., arrêt n° 12/94, 3 février 1994, B.2. et B.3.; DELPÉRIÉ, F. et RASSON-ROLAND, A., "La jurisprudence de la Cour d'arbitrage en 1994", R.B.D.C., 1995, p. 289. Contra: UYTENDAELE, M., *Le fédéralisme inachevé. Réflexions sur le système institutionnel belge issu des réformes de 1988-1989*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 572.

⁴ Dans les deux cas, la Cour d'arbitrage a étendu son contrôle à d'autres articles de référence au sein de la Constitution ainsi qu'à des normes de droit communautaire ou international, en les combinant avec les art. 10 et 11 de la Constitution. Voy. DE GRÈVE, L. faisant un bref bilan après "Dix années d'existence de la Cour d'arbitrage", R.B.D.C., 1995, pp. 57 et 58. Les normes contrôlées, quant à elles, ne peuvent subir aucune extension. Il s'agit d'actes de valeur législative définis *sensu stricto*, à savoir les lois, les décrets et les ordonnances. La Cour opère sur elles un contrôle limité de validité.

La compétence exclusive de la Cour "constitutionnelle" est donc toute relative. Lui échappent tant le contrôle de constitutionnalité des normes n'ayant pas valeur législative que le contrôle de l'interprétation donnée aux articles de référence. L'interprétation de la Constitution et des normes en général est en effet soumise à chaque juridiction, sous l'ultime contrôle éventuel de la Cour de cassation et de la section d'administration du Conseil d'Etat. Quant aux actes administratifs illégaux, ils sont soumis tantôt à la censure du Conseil d'Etat, tantôt à celle des cours et tribunaux, le premier par voie de suspension ou d'annulation, les seconds en refusant leur application. Force est de constater que les articles de référence dévolus au contrôle opéré par la Cour d'arbitrage font également partie du contrôle des actes administratifs par les autres juridictions. Le risque est donc grand que voient le jour des interprétations divergentes. La situation est d'autant plus préoccupante que sont notamment concernés certains articles de la Constitution. Le système en place donne ainsi lieu à un "contrôle diffus de constitutionnalité" (voy. sur le sujet, en rapport avec la question préjudicielle, notamment ANDERSEN, R., NIHOUL, P. et DEPRÉ, S., "La Cour d'arbitrage et le Conseil d'Etat", in *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 160 à 163; LEBRUN, Y., "L'interprétation donnée par la Cour d'arbitrage à une règle de compétence s'impose-t-elle en dehors de l'espèce jugée?", obs. sous C.E., arrêt Région wallonne, n° 29.692, 25 mars 1988, J.T., 1989, pp. 287 à 290; LEROY, M., "Sens et non-sens dans le règlement des conflits", J.T., 1989, pp. 557 à 559; MELCHIOR, M., "De quelques aspects des questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage", R.B.D.C., 1995, pp. 61 à 69; RASSON-ROLAND, A., "La question préjudicielle", in *Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel*, Bruylant-Economica, 1991, pp. 38 et 39; SUTTENS, L.-P. et LEYSEN, R., "Les questions préjudicielles: cause d'insécurité juridique?", in *La sécurité juridique*, Actes de colloque, Liège, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1993, pp. 35 à 68; VAN COMPERNOLLE, J., "La Cour d'arbitrage et le juge judiciaire", in *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage*, op. cit., 1995, n° 14, pp. 200 à 202. Ce contrôle diffus est jugé "acceptable tant que chaque ordre de juridictions se cantonne dans le contentieux de constitutionnalité qui lui est dévolu" (LEBRUN, Y., op. cit., J.T., 1989, pp. 287 à 290). Seule l'attribution à la Cour d'arbitrage de questions d'interprétation, à l'instar de la Cour de justice des Communautés européennes, est susceptible de remédier à ce mal qui, fort heureusement, semble rester en puissance à l'heure actuelle. Voy. SIMONART, H., "La question préjudicielle en droit interne et en droit communautaire", in *Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel*, op. cit., 1991, pp. 66 à 72. L'auteur déplore l'absence en droit interne de ce facteur d'harmonisation présent

2. L'obligation de renvoi préjudiciel. Les modalités du mécanisme préjudiciel sont le reflet des exigences parfois contradictoires d'une bonne administration de la justice. La question ne doit pas être un moyen dilatoire. En même temps, elle s'impose pour des motifs de sécurité juridique et de cohérence jurisprudentielle. Les modalités sont déterminées dans le chapitre II de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, intitulé "Des questions préjudicielles". Parmi les articles 26 à 30 qui composent le chapitre, l'article 26 retient l'attention. Son premier paragraphe précise la compétence préjudicielle de la Cour. Le deuxième organise, quant à lui, l'obligation ou la faculté pour le juge de poser la question préjudicielle. La règle est l'obligation de principe. Mais plusieurs exceptions la tempèrent. En ce qui concerne les juridictions dont la décision n'est pas susceptible d'appel, d'opposition, de pourvoi en cassation ou de recours en annulation au Conseil d'Etat – soit les décisions prises en dernier ressort –, la seule exception vise l'hypothèse de l'action irrecevable pour des motifs de procédure tirés de normes ne faisant pas elles-mêmes l'objet de la demande de question préjudicielle. Dans ce cas, aucune juridiction n'est tenue au renvoi. L'exception vaut pour toutes les juridictions, mais elle est unique lorsque la décision à prendre l'est en dernier ressort.

3. Le "dén" de renvoi préjudiciel. L'arrêt annoté a précisément été prononcé en dernier ressort par la Cour de cassation le 12 février 1996. Il comporte un titre III intitulé "De la discrimination et des questions préjudicielles". La Cour y examine les questions préjudicielles que les prévenus lui demandent de poser à la Cour d'arbitrage. Ceux-ci allèguent, selon les termes de l'arrêt, que dans la mesure où ils seraient attirés devant la Cour en vertu des règles de connexité, cette situation créerait une discrimination prohibée par les articles 10 et 11 de la Constitution. De la sorte, ils sont en effet privés de la possibilité de se défendre devant les juridictions d'instruction, d'un double degré de juridiction ainsi que d'un recours en cassation.

La Cour de cassation crée la "surprise" en refusant de poser les questions préjudicielles. Elle invoque pour ce faire un motif qu'il importe d'étudier minutieusement. Il est en effet étranger à la seule et unique dispense de renvoi dont la Cour de cassation pouvait se prévaloir. Selon la Cour, à supposer qu'une discrimination soit établie, elle le serait non par les articles visés dans les conclusions des parties, mais par l'article 103 de la Constitution en ce qu'il confère compétence à la Cour de cassation pour juger les ministres dans les conditions que cette disposition constitutionnelle détermine. Un tel refus, s'il est dépourvu de base légale, équivaut à ce que l'on qualifiera un "dén de renvoi préjudiciel".

4. Une critique à portée limitée. A moins d'une intervention directe du législateur spécial, la critique des motifs avancés par la Cour semble condamnée à rester un vœu pieux. Deux éléments inclinent à le croire.

D'une part, la décision de renvoi prise par la Cour, échappe à tout recours.³ L'article 29 de la loi spéciale précitée indique à cet égard que la décision par laquelle une juridiction refuse de poser une question préjudicielle doit indiquer les motifs de refus. Mais en tant qu'elle refuse de poser une telle question, la décision n'est pas susceptible d'un recours distinct. Autant dire de suite que le refus ne peut jamais être contrôlé lorsque la juridiction prend une décision qui n'est pas susceptible d'un recours au sens de l'article 26, § 2 de la même loi spéciale. Il s'agit d'un curieux compromis entre, d'un côté, la volonté de contraindre les hautes juridictions, dont on craignait qu'elles contournent la compétence exclusive de la troisième haute juridiction du pays, et, de l'autre côté, l'absence cruciale d'une juridiction habilitée à connaître de la violation d'une telle obligation, à peine de déclarer, ou d'y percevoir, la primauté d'une haute juridiction sur les deux autres.

D'autre part, contrairement à un sentiment répandu, la décision prise en l'espèce n'est pas extraordinaire, même s'il fallait conclure au "dén de renvoi préjudiciel". Le Conseil d'Etat, sur lequel pèse une obligation identique, a pris depuis longtemps l'habitude – que ses détracteurs qualifieront de mauvaise – de refuser à l'une des parties au litige le renvoi préjudiciel sollicité. A plusieurs reprises, la haute juridiction administrative est allée jusqu'à répondre elle-même à la question soulevée.⁶

Sans doute la jurisprudence de la Cour de cassation n'est-elle pas non plus sans reproches, même si elle est perçue comme se conformant strictement aux règles rigoureuses de la question préjudicielle.⁷

Poujadisme entre hautes juridictions ou défaut au plan juridictionnel de forces constitutionnelles centrifuges, présentées tout au long de la réforme de l'Etat comme étant propres à l'Etat fédéral? S'il faut trouver dans l'absence de recours l'origine de la tentation à laquelle succombent les hautes juridictions, il importe que le législateur fédéral décide de passer outre les susceptibilités et qu'il intervienne par le biais d'une loi spéciale.⁸ Avant de tirer une telle conclusion, la jurisprudence de la Cour de cassation doit être approfondie et surtout comparée à celles du Conseil d'Etat et de la Cour d'arbitrage. Il y a lieu de déterminer, avec l'aide éventuelle de la doctrine constitutionnelle, si les hautes juridictions se sont arrogé ou non des facultés supplémentaires d'éviter la question préjudicielle et si tel est le cas en l'espèce (II). Au préalable, le prescrit et les travaux préparatoires de la loi spéciale doivent faire l'objet d'un bref rappel (I).

I. LA LOI SPÉCIALE ET LES TRAVAUX PRÉPARATOIRES

5. La loi spéciale: la portée de l'obligation de renvoi. Pour ce qui intéresse l'espèce annotée, le § 1er de l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, dispose que "La Cour d'arbitrage statue, à titre préjudiciel, par voie d'arrêt, sur les questions relatives à: (...) 3° la violation par une loi (...) des articles 6, 6bis et 17 (anciens) de la Constitution". L'obligation et les dépenses, déjà évoquées, figurent au § 2 de l'article: "Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction, celle-ci doit demander à la Cour d'arbitrage de statuer sur cette question. Toutefois, la juridiction n'y est pas tenue lorsque l'action est irrecevable pour des motifs de procédure tirés de normes ne faisant pas elles-mêmes l'objet de la demande de question préjudicielle. La juridiction, dont la décision est susceptible, selon le cas, d'appel, d'opposition, de pourvoi en cassation ou de recours en annulation au Conseil d'Etat, n'y est pas tenue non plus: 1° lorsque la Cour a déjà statué sur une question ou un recours ayant le même objet; 2° lorsqu'elle estime que la réponse à la question préjudicielle n'est pas indispensable pour rendre sa décision; 3° si la loi (...) ne viole manifestement pas une règle ou un article de la Constitution visés au § 1er".

De lege lata, les termes de l'article 26 conduisent à faire quatre commentaires.

Premièrement, l'obligation⁹ contenue dans le paragraphe 2 de l'article 26 est d'une intensité variable en fonction de la décision à rendre. Deux cas de figure doivent être distingués. Si la décision n'est pas susceptible d'appel, d'opposition, de pourvoi en cassation ou de recours en annulation,¹⁰ la juridiction compétente est tenue de poser la question, sauf lorsque l'action est irrecevable pour des motifs de procédure tirés de normes ne faisant pas elles-mêmes l'objet de la demande de question préjudicielle. Dans le cas contraire, à la première exception sont rajoutées trois dérogations supplémentaires qui correspondent à trois hypothèses bien précises. En somme, bien que l'article 26 ne distingue pas comme tel deux catégories de juridictions, la formule utilisée revient à renforcer l'obligation de renvoi principalement dans le chef de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat.¹¹

Deuxièmement, le bon sens conduit à affirmer a contrario que la juridiction dont la décision est prise "en dernier ressort", est tenue de questionner la Cour d'arbitrage lors-

qu'elle se trouve dans l'une des trois hypothèses qui constituent des dérogations supplémentaires.¹² L'exception à un principe est en effet d'interprétation stricte. Le principe est ici l'obligation de renvoi.

Troisièmement, aucune des exceptions à l'obligation de principe n'investit la juridiction qui interroge du pouvoir d'apprécier la compétence de la Cour d'arbitrage à lui répondre. En particulier, il ne peut pas être raisonnablement soutenu que la réponse n'est pas indispensable pour rendre la décision parce qu'elle sort des attributions de la Cour d'arbitrage. Le caractère indispensable se rapporte uniquement à l'espèce à trancher. Quant au contrôle de constitutionnalité manifeste, il vise l'absence de violation et non la compétence de la Cour d'arbitrage. Comme rappelé supra, l'exception à un principe doit être interprétée de manière stricte. Par ailleurs, les exceptions ne concernent pas les décisions à prendre en dernier ressort.

Quatrièmement, le libellé du paragraphe 2 de l'article 26 commande de constater que l'obligation de renvoi porte uniquement sur "une telle question" (§ 2), c'est-à-dire sur "les questions" déterminées au § 1er, parmi lesquelles figurent, en rapport avec l'arrêt annoté, celles relatives à: (...) 3° la violation par une loi, un décret ou une règle visée à l'article 26bis (ancien) de la Constitution, des articles 6, 6bis et 17 (anciens) de la Constitution". L'obligation est donc conditionnée par le champ d'application énoncé au paragraphe 1er du même article. Ainsi, si la question sollicitée concerne une norme n'ayant pas la valeur d'une loi et/ou si la violation porte sur d'autres dispositions que celles de référence, la juridiction n'est pas tenue d'interroger la Cour d'arbitrage. L'enjeu du constat est évidemment capital. Il convient par exemple d'indiquer si la simple mention dans des conclusions d'une norme soumise à contrôle et d'une règle de référence, suffit ou non à contraindre le juge au renvoi. Ou si, au contraire, celui-ci doit vérifier la pertinence des mentions, afin de mesurer l'existence de son obligation et d'évaluer ensuite, le cas échéant, s'il en est dispensé.

6. Les travaux préparatoires: une obligation absolue de renvoi dans le chef des hautes juridictions. Le dernier commentaire ne trouve pas d'écho particulier dans les travaux préparatoires de la loi spéciale du 6 janvier 1989. Au contraire, le gouvernement semblait résolu à museler les hautes

(note) en droit communautaire. Voy. aussi *infra*, n° 6, note 16. Il faut encore préciser qu'à l'occasion du contrôle de validité, la Cour d'arbitrage a néanmoins développé diverses techniques d'interprétation des normes contrôlées pour les rendre conformes aux dispositions de référence. Voy. sur le sujet deux études complémentaires: VANDERNOOT, P., "La Cour d'arbitrage et l'interprétation des normes soumises au contrôle", in *Présence du droit public et des droits de l'homme*, Mélanges offerts à Jacques VELU, T. I, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 357 à 384; LOMBAERT, B., "Les techniques d'arrêt de la Cour d'arbitrage", R.B.D.C., 1996, à paraître.

³ ANDERSEN, R., NIHOUL, P. et DEPRÉ, S., *op. cit.*, 1995, p. 163.

⁴ Tel était encore le cas récemment: C.E., arrêt Van Der Stichele, n° 55.977, 23 octobre 1995, J.T., 1996, p. 157 et note LAGASSE, D.

⁵ Dans ce sens: VAN COMPERNOLLE, J., *op. cit.*, 1995, p. 194, n° 6.

⁶ Dans ce sens: LAGASSE, D., *op. cit.*, J.T., 1996, p. 158. Voy. *infra*, n° 23, conclusion.

⁹ Lorsqu'une juridiction n'est pas tenue de questionner la Cour d'arbitrage, elle en garde toujours la faculté, éventuellement d'office. Dans ce sens: GILLET, E., *Recours et questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Mémosis, 1985, pp. 70, 72 et 73.

¹⁰ Par recours en annulation, le législateur spécial vise celui formé contre une décision contentieuse administrative au sens de l'art. 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, c'est-à-dire le contentieux de la "cassation administrative".

¹¹ Contrairement à ce qu'on lit parfois, les juges de renvoi dont les décisions sont susceptibles de recours ne peuvent pas être purement et simplement assimilés à la catégorie des juges du fond. L'espèce annotée le démontre: la Cour de cassation juge parfois au fond, in *casu* en premier et dernier ressort. Quant au Conseil d'Etat, n'est-il pas une juridiction de fond malgré la nature objective de son contentieux? Malgré son imprécision, la catégorie est parfois utilisée. Elle l'a notamment été par GILLET, E., *op. cit.*, 1985, p. 69, note 4; ANDERSEN, R., NIHOUL, P. et DEPRÉ, S., *op. cit.*, 1995, p. 161; RIGAUX, M.-F., "Les limites du contrôle de constitutionnalité par les juridictions", obs. sous Mons, 2 novembre 1989, J.L.M.B., 1990, p. 209, n° 5.

¹² La proposition est confrontée *infra* à la jurisprudence de la Cour de cassation et à celle du Conseil d'Etat postérieures, pour l'essentiel, à la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage. En effet, la loi du 28 juin 1983 portant l'organisation, la compétence et le fonctionnement de la Cour d'arbitrage, avait établi une obligation à trois exceptions, identiques pour toutes les juridictions, en ce compris la Cour de cassation et le Conseil d'Etat. Une juridiction n'était pas tenue de poser la question lorsque la Cour d'arbitrage avait déjà statué sur une question ou un recours ayant le même objet, lorsque l'action était irrecevable pour des motifs de procédure tirés de normes ne faisant pas elles-mêmes l'objet de la demande de question préjudicielle, et lorsque la réponse à la question préjudicielle n'était pas nécessaire pour rendre la décision. Il faut noter que la solution n'avait pas été retenue d'emblée, comme précisé *infra*, n° 6 et note 15.

juridictions, malgré les critiques formulées par la section de législation du Conseil d'Etat.¹³ Le motif n'a pas été dissimulé. "Afin de renforcer ce monopole de la Cour d'arbitrage, le gouvernement a voulu que corresponde à l'assouplissement relatif de l'obligation de poser une question préjudicielle dans le chef des juridictions dont les décisions sont susceptibles de recours, un renforcement de cette obligation dans le chef des juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours (Cour de cassation et Conseil d'Etat). Celles-ci ne pourront se prévaloir que d'une exception pour ne pas poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage, à savoir que la demande dont elles sont saisies est irrecevable pour des raisons de procédure".¹⁴

L'idée n'était pas neuve en 1989. Les travaux préparatoires de la loi du 28 juin 1983 faisaient déjà état d'un mécanisme distinguant la Cour de cassation et le Conseil d'Etat des autres juridictions. Il n'avait toutefois pas été retenu. L'objectif semblait identique: donner aux parties l'assurance que le conflit serait tranché par la Cour d'arbitrage à un moment donné de la procédure.¹⁵ Pareil objectif s'accommodait-il du quatrième commentaire fait sous le numéro précédent? Telle ne semble pas avoir été l'opinion du secrétaire d'Etat aux réformes institutionnelles puisqu'il prétendit, en 1988, que les deux hautes juridictions ne seraient même pas dispensées de poser à la Cour d'arbitrage la même question de droit qu'elle a tranchée précédemment par arrêt rejetant un recours en annulation.¹⁶

7. Incidence des procédures de filtrage. Sans rejoindre de tels extrêmes, il faut souligner l'existence d'une double procédure de filtrage destinée à éviter l'engorgement de la Cour d'arbitrage par des recours intempestifs. Les articles 71 et 72 de la loi spéciale visent à éliminer les recours et questions manifestement irrecevables ou ne relevant manifestement pas de la compétence de la Cour, ainsi que les recours manifeste-

ment non fondés et les questions manifestement sans objet. L'établissement en 1989 de tels expédients pallie sans doute à l'obligation de renvoi particulièrement stricte qui pèse sur les hautes juridictions. La Cour d'arbitrage assure de la sorte un dénouement rapide aux affaires concernées.¹⁷

Ne faut-il pas voir dans ce double filtre un principe selon lequel la Cour d'arbitrage statue elle-même sur sa compétence? En réalité, au moment de formuler la question, la juridiction saisie n'apprécie pas la compétence de la Cour d'arbitrage. Elle statue sur sa propre compétence puisque l'irrecevabilité peut être source de dispense de renvoi. Elle évalue surtout son obligation de renvoi. La question surgit en effet à propos d'un litige concret. En premier lieu, le juge saisi doit déterminer les règles applicables à ce litige. A cette occasion, il interprète toutes les normes susceptibles d'être appliquées, sans exception. C'est uniquement lorsqu'une question de validité naît à propos de normes législatives que se pose le problème d'une compétence réservée à la Cour d'arbitrage. Autrement dit, la compétence des juridictions de renvoi ne s'arrête que là où commence celle de la Cour d'arbitrage.

Le phénomène est évident lorsqu'un recours en annulation d'un acte administratif est pendu devant le Conseil d'Etat. Un moyen peut être jugé *irrecevable* en raison de l'incompétence du Conseil d'Etat pour en connaître. Ainsi en va-t-il du moyen pris de l'inconstitutionnalité d'une loi ou d'un décret, ou encore du moyen tiré de la contrariété d'une décision administrative à une disposition constitutionnelle alors que la décision entreprise constitue en réalité l'application d'une loi ou d'un décret. Admettre la compétence du Conseil d'Etat dans ce dernier cas reviendrait à "autoriser indirectement la critique de cette disposition législative elle-même".¹⁸ Le renvoi préjudiciel permet précisément de déferer cette critique à la Cour d'arbitrage pour autant qu'elle entre dans ses attributions limitées. Le renvoi donne ainsi

lieu à un jeu subtil entre l'incompétence de l'un et la compétence exclusive de l'autre. En d'autres termes, lorsque l'article 26 établit une obligation dans le chef des juridictions, celle-ci s'avère parfaitement conciliable avec l'aménagement, dans la même loi spéciale, d'une procédure de filtrage devant la Cour d'arbitrage. Aucun élément textuel ne permet d'affirmer le contraire.

Pourtant, des chevauchements paraissent inévitables. En effet, le critère formel déterminant l'obligation de renvoi de l'un est identique à celui définissant la compétence de l'autre. N'est-il pas contraire à la cohérence de l'ordonnement juridique et à la sécurité juridique que plusieurs juges suprêmes puissent interpréter de plusieurs manières différentes la même règle contenue dans la même loi spéciale pour en tirer des conséquences distinctes?¹⁹ La porte est ouverte aux interprétations divergentes, à l'instar du contrôle de constitutionnalité diffus. Dans la même logique, seule l'attribution à la Cour d'arbitrage du pouvoir exclusif de statuer sur sa propre compétence est susceptible d'y remédier. Car comme en atteste la jurisprudence exposée *infra*, il est difficile de compter simplement sur "le sens des responsabilités, la bonne volonté et la probité des hommes qui rendent la justice"²⁰ pour éviter les contradictions. Une telle démarche consiste à s'en remettre à du non-droit précisément sur un point de droit. La jurisprudence est donc appelée à se différencier de manière inévitables, à l'image notamment de la cassation qui, comme on le sait, est duale, soit judiciaire, soit administrative. Le manque de sécurité juridique est d'autant plus inquiétant que sont principalement concernées les juridictions qui statuent en dernier ressort. L'obligation de renvoi connote en effet une certaine rivalité entre les hautes juridictions, propice à la rébellion. Il s'agit surtout à ce stade de l'ultime occasion de

remédier aux éventuelles divergences d'interprétation liées à des questions réservées à la Cour d'arbitrage par l'article 142 de la Constitution.²¹

Le propos n'est toutefois pas d'apprécier si la méfiance du législateur spécial vis-à-vis du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation est ou non "abusive"²² ou justifiée. Il est de vérifier si l'interprétation donnée par les auteurs et surtout par les hautes juridictions à une règle de procédure qui leur est adressée, est ou non conforme au prescrit légal, et si elle donne lieu à controverse(s) (II). Seule l'analyse comparée des jurisprudences respectives, en ce compris celle de la Cour d'arbitrage, permet d'en apprécier à la fois la légalité et l'éventuelle concordance. Les jurisprudences ont trait à la technique du refus préjudiciel (A) ainsi qu'à l'éventail des motifs de refus qui, pourtant fixé de manière exhaustive par la loi spéciale, semble avoir été "forcé" par les hautes juridictions (B). Par comparaison, qu'en est-il de l'arrêt annoté? L'argument avancé par la Cour procède-t-il d'une interprétation *contra legem*? (C) Le cas échéant, y a-t-il seulement un remède à la violation répétée de la loi spéciale? (D)

II. LA JURISPRUDENCE ET LA DOCTRINE

A. La technique du "refus préjudiciel"

8. Le renvoi: dialogue ou rôles partagés? Après la section de législation du Conseil d'Etat, nombreux sont les auteurs à avoir critiqué l'obligation spéciale incombant à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat de poser à la Cour d'arbitrage la question préjudicielle demandée devant eux.²³ On parle à cet égard de véritable discrimination,²⁴ dont la compatibilité

¹³ Avis du 26 octobre 1988 sur le projet de loi spéciale sur la Cour d'arbitrage, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1988-1989, n° 483/1, pp. 81 et 82.

¹⁴ *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 1988-1989, n° 633/4, p. 7 (souligné par l'auteur, en abrégé: spla).

¹⁵ GILLET, E., *op. cit.*, 1985, p. 69, note 4.

¹⁶ *Doc. parl.*, respectivement Sénat et Chambre, sess. ord. 1988-1989, n° 483/2 et n° 633/4, p. 67 et pp. 29 et 30. Selon ANDERSEN, R., NIHOUL, P. et DEPRÉ, S., pareille interprétation est *contra legem* compte tenu de l'effet *erga omnes* attaché aux arrêts de la Cour par l'art. 9 de la loi spéciale (*op. cit.*, 1995, p. 163). Pour être précis, l'effet *erga omnes* est reconnu aux arrêts d'annulation (§ 1er) tandis que les arrêts portant rejet des recours en annulation sont obligatoires pour les juridictions en ce qui concerne les questions de droit tranchées par ces arrêts (§ 2). L'obligation de renvoi ne s'impose donc que si l'arrêt a conclu au rejet pour cause d'irrecevabilité ou si de nouvelles questions de droit surgissent (RASSON-ROLAND, A., *op. cit.*, 1991, p. 45). En ce qui concerne les arrêts préjudiciels, par contre, une "distorsion" apparaît lorsque les juridictions statuant en dernier ressort sont obligées de saisir la Cour d'arbitrage alors qu'il existe déjà un arrêt déclaratoire tranchant une question identique dans un autre litige, lors même que la question a été soumise par la même chambre de la même juridiction (*ibidem*; l'application stricte de la règle par la Cour de cassation est exposée *infra*, n° 13 et note 69). En effet, l'art. 28 de la loi spéciale attribue un effet relatif aux arrêts préjudiciels. Seules "la juridiction qui a posé la question préjudicielle, ainsi que toute autre juridiction appelée à statuer dans la même affaire sont tenues, pour la solution du litige à l'occasion duquel ont été posées les questions visées à l'art. 26, de se conformer à l'arrêt rendu par la Cour d'arbitrage" (*ibidem*). Les juridictions de dernier ressort ne sont donc pas concernées par l'obligation de renvoi lorsqu'une question identique resurgit dans la même affaire. Elles le sont, par contre, en cas de nouvelle question. En pratique, il semble fort heureusement que les juges se conforment à la jurisprudence de la Cour lorsque l'irrégularité d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance a déjà été constatée (SIMONART, H., "L'autorité des arrêts de la Cour d'arbitrage", in *La Cour d'arbitrage - Actualité et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 186; LEJEUNE, Y., *op. cit.*, J.T., 1989, pp. 288 à 290). Pourquoi ne pas reconnaître aux arrêts préjudiciels rendus par la Cour une autorité absolue? Est-il raisonnable, dans un Etat de droit, de se contenter d'espérer des juges, en particulier du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, qu'ils contribuent à la sécurité juridique en s'alignant sur l'interprétation donnée par la Cour d'arbitrage aux règles de référence?

¹⁷ Voy. SUTENS, L.-P., qui, en 1991, souligne, chiffres à l'appui, la réussite de la procédure préliminaire (intervention dans la discussion in *Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel*, *op. cit.*, 1991, pp. 75 et 76); DELPERÉE, F. et RASSON-ROLAND, A., *op. cit.*, R.B.D.C., 1995, pp. 296 et 297; VAN COMPERNOLLE, J., *op. cit.*, 1995, p. 197, n° 8.

¹⁸ SALMON, J., *Le Conseil d'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 387. La jurisprudence serait constante depuis l'arrêt Petitbois, n° 810, 23 mars 1951.

¹⁹ La formule est adaptée d'une question posée par LEJEUNE, Y. à propos de l'interprétation de l'étendue de la compétence d'un même législateur ou de l'auteur d'une même ordonnance (*op. cit.*, J.T., 1989, p. 288). Il faut toutefois bien distinguer les deux hypothèses. L'interprétation donnée par les hautes juridictions à l'art. 26 de la loi spéciale ne peut pas être confondue avec l'interprétation donnée aux règles répartitrices de compétences à l'occasion du contrôle de conformité des lois, décrets et ordonnances. Il peut s'agir dans les deux cas d'une interprétation donnée à des règles contenues dans une loi spéciale. Tel est le cas si l'on compare l'interprétation de l'art. 26 à celle d'une interprétation donnée à des règles contenues dans une loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles. Cependant, seule la deuxième question relève en réalité de la compétence exclusive de la Cour d'arbitrage. L'art. 26 n'est en effet relatif ni au partage de compétences entre la loi, le décret et l'ordonnance, ni d'ailleurs à l'art. 24 de la Constitution, et la seule discrimination vraisemblable concerne les juridictions entre elles (voy. *supra*, n° 8). Son interprétation incombe donc clairement, dans notre ordonnancement juridique, à toute juridiction saisie, selon la méthode du contrôle diffus. Les interprétations "*contra legem*" sont appelées à être corrigées ou, au contraire, selon le cas, par les voies classiques de recours, destinées à assurer une plus ou moins grande unité de la jurisprudence. En dernier recours, ce sont en l'occurrence la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat, selon la nature judiciaire ou administrative du procès, qui vérifient l'application correcte du droit. Dans ce cadre, l'obligation de renvoi fait figure d'une obligation aux contours variables. Elle concerne pourtant des questions du premier type auxquelles elle est intimement liée. Derrière l'interprétation donnée à l'art. 26 se cache donc une propension relative à respecter ou non la compétence exclusive attribuée à la Cour d'arbitrage.

²⁰ LEJEUNE, Y., *op. cit.*, J.T., 1989, p. 290.

²¹ On peut s'interroger sur la compatibilité de l'art. 29 de la loi spéciale avec l'art. 142 de la Constitution. L'art. 29, en ce qu'il interdit tout recours distinct contre un refus de renvoi, n'a-t-il pas pour conséquence de priver d'effet utile l'attribution d'une compétence exclusive à la Cour d'arbitrage, principalement lorsqu'une juridiction statue en premier et dernier ressort? La mise en oeuvre d'une disposition constitutionnelle, expressément prévue dans son texte (voy. l'al. 1er de l'art. 142), permet-elle au législateur spécial qui en investit de modaliser de la sorte un principe constitutionnel exprès? La question est pertinente au plan conceptuel mais est dépourvue de portée juridique dans l'état actuel du contrôle de constitutionnalité. De plus, l'al. 3 de l'art. 142 de la Constitution reconnaît seulement la possibilité pour toute juridiction de saisir la Cour d'arbitrage. Il ne reconnaît aucun droit au citoyen ni n'impose aucune obligation aux juridictions.

²² JONGEN, F., "La réforme de l'Etat. II. Les innovations institutionnelles", J.T., 1989, p. 40.

²³ JONGEN, F., *op. cit.*, J.T., 1989, p. 41 (une innovation surprenante); LEROY, M., *op. cit.*, J.T., 1989, p. 557 ("une parfaite aberration"); SIMONART, H., *La Cour d'arbitrage. Une étape ...*, *op. cit.*, 1988, p. 230 ("excessif et pas orthodoxe"); du même auteur, *op. cit.*, 1991, p. 70 (étonnement); SUTENS, L.-P. et LEYSSEN, R., "Staat, Gewesten en gemeenschappen. De technieken van bevoegdheidsverdeling. De rol van het Arbitragehof", *Staat, Gemeenschappen en gewesten*, Bruges, La Chartre, 1989, p. 67 ("manifestement déraisonnable"); UYTENDAELE, M., *op. cit.*, 1991, p. 573 (inadéquat; un "défaut préjudiciel").

²⁴ ANDERSEN, R., NIHOUL, P. et DEPRÉ, S., *op. cit.*, 1995, pp. 162 et 163; L.P. SUTENS et LEYSSEN, R., *op. cit.*, 1989, p. 67. On peut

avec l'article 6, § 1er de la Convention européenne des droits de l'homme serait douteuse.²⁵ Dans la réalité quotidienne, l'obligation qui pèse sur les hautes juridictions est plus lourde pour le Conseil d'Etat que pour la Cour de cassation. Celui-ci est généralement appelé à statuer en premier et dernier ressort. De surcroît, les matières administratives qu'il traite se prêtent plus que les autres aux conflits de compétences ou aux discriminations. Le Conseil d'Etat est donc fortement sollicité par des questions préjudicielles. A l'inverse, l'obligation de renvoi joue généralement le rôle d'une ultime garantie devant la Cour de cassation. Les parties ont eu le temps de soulever leur(s) question(s) devant les juges précédents. Plus de la moitié des arrêts constituent ainsi des réponses à des questions posées par des juges de premier degré.²⁶ Tel n'est pas le cas dans l'espèce annotée, puisque la Cour de cassation juge exceptionnellement en premier et dernier ressort.

L'impact de l'obligation de renvoi sur la technique même du renvoi préjudiciel est toutefois limité. Poser une question préjudicielle suppose en effet une répartition à la fois stricte et logique des rôles entre le juge *a quo* et le juge *ad quem*.²⁷ Il s'agit de respecter le monopole de la Cour d'arbitrage tout en préservant le pouvoir d'appréciation également confié par la

Constitution au juge de renvoi.²⁸ La question préjudicielle s'insère au sein même du syllogisme juridictionnel. Pour le juge appelé à trancher une contestation, elle surgit après l'établissement des faits, au moment de déterminer les règles de droit applicables, avant l'application de ces règles aux faits. L'applicabilité d'un texte résulte incontestablement de son unique pouvoir d'appréciation.²⁹

La traduction procédurale de cette répartition résulte pour l'essentiel des articles 26 à 30 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage. Le renvoi est le fruit d'une décision de justice *avant dire droit*³⁰ prise en dernier ressort.³¹ Les parties auront généralement eu l'occasion de s'exprimer sur ce point par voie de conclusions.³² La question doit être formulée dans la décision de renvoi. Elle indique les dispositions de la règle législative qui en font l'objet et, le cas échéant, les articles pertinents de la Constitution ou des lois spéciales.³³ Une fois saisie, la Cour d'arbitrage peut reformuler la question.³⁴ La réponse donnée par voie d'arrêt a un effet relatif.³⁵

La répartition des rôles est donc stricte et l'absence de dialogue qui en résulte a été dénoncée par la doctrine qui la stigmatise par une sorte d'"étanchéité totale" entre le juge constitutionnel et le juge *a quo*.³⁶ Au-delà de ce qui a été qualifié une "courtoisie réciproque", le dialogue est surtout

inorganisé.³⁷ En atteste la jurisprudence de la Cour d'arbitrage, particulièrement respectueuse du rôle dévolu au juge de renvoi. Si la Cour reformule la question, c'est uniquement pour la recentrer en termes de violation ou de conformité, dans les limites de sa compétence. Et si le juge s'est trompé de texte applicable, il ne lui appartient pas de "corriger le tir".³⁸

9. Le refus de renvoi. L'étape du mécanisme qui retient l'attention est évidemment la première. Dans l'espèce annotée, la Cour a opposé un refus d'interroger la Cour d'arbitrage, refus dont on sait que la décision doit indiquer les motifs mais n'est susceptible d'aucun recours distinct.³⁹ Peu importe en somme le motif avancé, qu'il soit réel ou non, puisque aucune sanction n'est prévue à la clé. A cet endroit précis, le juge de renvoi statuant en dernier ressort est véritablement "invité" à trouver un alibi lorsque, par exemple, les circonstances qui entourent un procès l'inclinent à éviter une question préjudicielle. Cela étant, l'article 142 de la Constitution et l'article 26 de la loi spéciale existent à l'état de droit positif. Si les hommes qui rendent la justice veulent s'en départir, on peut espérer qu'ils habillent leur conviction avec cohérence.⁴⁰

10. Les motifs de refus. Le juge confronté à une question de constitutionnalité, soulevée d'office⁴¹ ou par une partie, peut et même doit vérifier s'il s'agit bien d'une question visée à l'article 26 de la loi spéciale.⁴² Le préalable serait une "évidence" faisant partie de l'examen de la recevabilité de la demande. Le juge doit toutefois y procéder dans les limites de l'article 26, sans jamais envisager le fond ou même la compétence de la Cour d'arbitrage au-delà du prescrit de l'article 26.⁴³ Fait également partie de la recevabilité l'examen des dispenses prévues à l'article 26, § 2, al. 3 de la loi spéciale.⁴⁴

Une ambiguïté est toutefois dénoncée à l'endroit de la troisième exception à l'obligation de renvoi établie en faveur

des juges ne statuant pas en dernier ressort. Figurant parmi des conditions de recevabilité, l'exception dispense de poser une question si la norme législative ne viole manifestement pas une règle de référence. La formulation laisse entendre que la dispense donne lieu à une appréciation au fond.⁴⁵ Mais l'exception ne peut pas constituer une application supplémentaire du contrôle diffus de constitutionnalité sous peine de méconnaître la compétence exclusive dévolue à la Cour d'arbitrage par l'article 142 de la Constitution. Elle vise plutôt à écarter les demandes dont l'objet ne rencontre pas de *toute évidence* le contrôle exercé par la Cour. M.-F. RIGAUX de citer deux exemples dont l'un paraît crucial au regard de l'espèce annotée: "ainsi en serait-il par exemple d'une critique à l'encontre d'une norme à laquelle on reprocherait de violer une règle de la Constitution qui n'est pas soumise au contrôle de la Cour d'arbitrage. Il en irait de même de la demande de l'inculpé qui, arguant de la violation de l'article 6 ancien de la Constitution, contesterait les règles de procédure pénale à lui applicables par opposition à celles dont bénéficient ceux qui sont protégés par une immunité".⁴⁶

Les deux exemples sont critiquables. Le deuxième parce que, dans ce cas, le refus de renvoi résulte précisément d'une appréciation marginale au fond. Pour conclure à la constitutionnalité manifeste, le juge aura inévitablement été amené à considérer que ce n'est pas l'inculpé qui fait l'objet d'un traitement différencié ou encore que la différence poursuit un objectif manifestement légitime. Quant à la pertinence du premier exemple, elle est évidemment capitale pour l'espèce annotée. La violation par une norme législative d'une règle constitutionnelle non autorisée s'apparente en effet à la violation d'une règle de référence par une norme autre que législative, c'est-à-dire par une norme qui n'est pas soumise au contrôle de la Cour d'arbitrage, ce que prétend la Cour de cassation dans l'arrêt annoté. Or, l'exemple proposé est présenté comme étant une application de la troisième dispense établie en faveur des juridictions ne statuant pas en dernier ressort. Tel

(note) s'interroger sur les chances de succès d'une question préjudicielle posée à la Cour d'arbitrage (le délai pour l'introduction d'un recours en annulation étant largement dépassé), arguant la violation du principe d'égalité par l'art. 29, § 2 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage, en ce qu'il prive le justiciable du droit reconnu par l'art. 142 de la Constitution d'évoquer la constitutionnalité d'une norme législative sur base de laquelle il risque d'être condamné en dernier ressort. Il semble qu'elles soient nulles, la question préjudicielle étant une affaire de juridictions. L'al. 3 de l'article 142 dispose expressément que la Cour peut être saisie, à titre préjudiciel, par toute juridiction. Un droit n'est donc pas reconnu comme tel dans le chef du justiciable, si ce n'est celui de soulever un problème de constitutionnalité devant le juge à l'occasion du procès (RASSON-ROLAND, A., *op. cit.*, 1991, p. 37). Une simple *faculté*, que la loi spéciale transforme en obligation dans certains cas, est conférée aux juridictions. Peut-on parler d'une garantie dans le chef de juridictions? Il est pour le moins singulier qu'aucun droit ne soit établi en faveur du citoyen alors qu'il était au centre des préoccupations du législateur au moment d'alourdir l'obligation de renvoi lorsqu'une décision est prise en dernier ressort (*supra*, n° 6).

²⁵ L'art. 6, § 1er de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales reconnaît à toute personne le droit à ce que sa cause soit entendue dans un délai raisonnable. Sur la question, voy. *infra*, note 57.

²⁶ VAN COMPERNOLLE, J., *op. cit.*, 1995, p. 193, n° 5 et p. 194, n° 6.

²⁷ Voy. notamment DELPERÉE, F. et RASSON-ROLAND, A., *Recueil d'études sur la Cour d'arbitrage (1980-1990)*, Bruxelles, Bruylant, 1990, n° 41 à 45, pp. 68 à 73; RASSON-ROLAND, A., *op. cit.*, 1991, pp. 37 à 53; SIMONART, H., *La Cour d'arbitrage. Une étape ...*, *op. cit.*, 1988, pp. 223 à 272; SUETENS, L.-P. et LEYSSEN, R., *op. cit.*, 1993, pp. 35 à 68; VELAERS, J., *Van Arbitragehof tot grondwettelijk Hof*, Anvers, Maklu, 1990, pp. 346 à 406, n° 463 à 542.

²⁸ Art. 144, 145, 147, al. 2, et 157 à 161 de la Constitution. Il s'agit donc de combiner plusieurs attributions constitutionnelles.

²⁹ ALEN, A. et MEERSSCHAUT, F., "Procederen voor het Belgische Grondwettelijk Hof: knelpunten in de bevoegdheid van het Arbitragehof", *Procederen in nieuw België en komend Europa*, Anvers, 1991, n° 8, pp. 150 et 151 et n° 19, pp. 158 et 159; LEYSSEN, R. et SMETS, J., *Toetsing van de wet aan de Grondwet in België*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1991, n° 101, pp. 77 et 78; RASSON-ROLAND, A., *op. cit.*, 1991, pp. 41 et 47 à 49; VELAERS, J., *op. cit.*, 1990, n° 471, pp. 351 et 352.

³⁰ Art. 27, § 1er de la loi spéciale. Les effets de la décision sur la procédure en cours sont fixés à l'art. 30 de la loi spéciale.

³¹ Art. 29, § 1er de la loi spéciale.

³² La question n'est pas soulevée par voie d'exception puisque le problème posé échappe à la compétence du juge saisi du litige principal (RASSON-ROLAND, A., *op. cit.*, 1991, p. 46). Le juge n'est donc pas obligé d'ordonner la réouverture des débats lorsque la question est soulevée après leur clôture. Voy. l'art. 774 du Code judiciaire; SIMONART, H., *La Cour d'arbitrage. Une étape ...*, *op. cit.*, 1988, pp. 247 et 248; VELAERS, J., *op. cit.*, 1990, p. 396, n° 522. Face à l'habileté des plaideurs, le juge doit évidemment s'efforcer de ne pas outrepasser sa compétence, ce qui n'est pas toujours facile. Dans ce sens, voy. RIGAUX, M.-F., *op. cit.*, J.L.M.B., 1990, p. 209, n° 4.

³³ Art. 27, § 2 de la loi spéciale. En qualité de normes de référence, les articles pertinents des lois spéciales concernent le partage des compétences entre la loi, le décret et l'ordonnance. La question que les juridictions sont invitées à poser est donc une question type: telle(s) disposition(s) de telle(s) règle(s) de valeur législative violent-ils tel(s) article(s) de la Constitution ou des lois spéciales? Voy. RASSON-ROLAND, A., *op. cit.*, 1991, p. 46.

³⁴ Art. 27, § 2, dernière phrase de la loi spéciale.

³⁵ Art. 28 de la loi spéciale. Sur la portée des arrêts préjudiciels, voy. *supra*, note 16.

³⁶ L'expression est de VAN COMPERNOLLE, J. (*op. cit.*, 1995, p. 200, n° 13). M. LEROY parle, quant à lui, de déconnexion totale avec le litige lorsque l'art. 26 de la loi spéciale impose au juge statuant en dernier ressort de renvoyer la question devant la Cour d'arbitrage même s'il estime que la réponse n'est pas indispensable pour rendre sa décision (*op. cit.*, J.T., 1989, p. 557). *Contra*: DE GRÈVE, L., *op. cit.*, R.B.D.C., 1995, p. 59.

³⁷ MARTENS, P., intervention dans la discussion in *Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel*, *op. cit.*, 1991, p. 63. L'auteur propose de permettre au juge *a quo* de se hasarder plus loin dans la formulation de la question (*ibidem*, p. 64). *De lege ferenda*, il est permis de se demander si un rapport "de collaboration plutôt que de hiérarchie" (RASSON-ROLAND, A., *op. cit.*, 1991, pp. 38 et 50), est réellement envisageable entre les hautes juridictions dès lors que pèse sur les épaules de deux d'entre elles une obligation de renvoi perçue comme une soumission forcée, de surcroît aux contours parfois absurdes.

³⁸ Voy. notamment VAN COMPERNOLLE, J., *op. cit.*, 1995, pp. 198 à 200, n° 10 et 12; RASSON-ROLAND, A., *op. cit.*, 1991, pp. 47 à 49; MELCHIOR, M., "De quelques aspects des questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage", R.B.D.C., 1995, pp. 61 à 64. Pour une application, voy. PANIER, Ch., "L'assistance judiciaire à l'épreuve du constat d'adultère et... du principe de l'égalité devant la loi", obs. sous C.A., 19 décembre 1991, J.L.M.B., 1992, pp. 114 à 120.

³⁹ Art. 29, § 2 de la loi spéciale.

⁴⁰ Poser une question préjudicielle ou refuser de la poser est une décision évidemment tribunaire du contexte dans lequel se trouve le juge *a quo*. Ce dernier a forcément "son idée sur la question". MARTENS, P. a fort bien restitué ce "préjugé" à l'état de brouillon (*op. cit.*, 1991, p. 63).

⁴¹ L'art. 26 est en effet d'ordre public: GILLET, E., *op. cit.*, 1985, pp. 72 et 73; SIMONART, H., *La Cour d'arbitrage. Une étape ...*, *op. cit.*, 1988, p. 245; VELAERS, J., *op. cit.*, 1990, p. 376; C.E., arrêt R.T.B.F., n° 25.630, 17 septembre 1985.

⁴² GILLET, E., *op. cit.*, 1985, p. 76.

⁴³ RIGAUX, M.-F., *op. cit.*, J.L.M.B., 1990, p. 209, n° 5.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 210 et 211, n° 6 à 8.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 210 et 211, n° 8 et 9. Dans l'arrêt critiqué par RIGAUX, M.-F., le juge s'était laissé prendre au piège et avait opéré lui-même le contrôle de constitutionnalité de la norme qu'elle en tenant "pour 'fondement' de la demande ce qui doit s'apprécier comme une question de recevabilité" (*ibidem*, p. 210, n° 8). Pour ce faire, le juge avait rappelé la jurisprudence de la Cour d'arbitrage relative aux principes d'égalité et de non-discrimination. La démarche traduit le malaise à épiéter sur la compétence exclusive de la Cour d'arbitrage. Elle exprime surtout le souci (semble-t-il généralisé) de préserver la cohérence de l'ordonnement juridique. Voy. en ce qui concerne le Conseil d'Etat: LEBRUN, Y., *op. cit.*, J.T., 1989, pp. 288 à 290.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 211, n° 9.

serait donc le cas également dans l'espèce annotée, malgré que la Cour statue en premier et dernier ressort. Par conséquent, considérer l'exemple comme étant pertinent revient à conclure à l'illégalité manifeste du raisonnement tenu par la Cour en l'espèce. Car, comme énoncé *supra*, la juridiction dont la décision est prise "en dernier ressort" est tenue au renvoi lorsqu'elle se trouve dans l'une des situations visées par les trois dispenses énoncées en faveur des autres juges.⁴⁷

A vrai dire, la constitutionnalité évoquée par l'exemple concerne plutôt le champ d'application de l'obligation inscrite à l'article 26. Elle se situe en amont de l'appréciation des dépenses de renvoi dans l'examen de la recevabilité de la demande de question préjudicielle. Il n'est en effet pas raisonnable de prétendre faire jouer la dispense en cas de méprise sur la norme contrôlée ou sur la règle de référence, alors qu'elle précise elle-même expressément que la loi, le décret ou l'ordonnance ne viole manifestement pas une des règles de référence. Dans un cas comme dans l'autre, il n'y a pas à proprement parler une question préjudicielle au sens de l'article 26 de la loi spéciale. En ce qui concerne la dispense, l'accent doit plutôt être mis sur le contrôle *marginal* autorisé par la loi spéciale dans le chef d'une juridiction ne statuant pas en dernier ressort.⁴⁸ Il s'agit d'une question de mesure, la balance n'étant pas faussée d'avance à ce stade puisque la décision est susceptible de recours, même si celui-ci ne peut pas être distinct.⁴⁹ Le critère avancé est celui de la "norme manifestement constitutionnelle", c'est-à-dire la norme dont la constitutionnalité ne fait aucun doute. Plusieurs indices

peuvent servir à vérifier le critère, par exemple la durée et la profondeur de l'examen nécessaire pour vérifier si la dispense est d'application,⁵⁰ ou encore la jurisprudence constante de la Cour d'arbitrage au contentieux de l'annulation. La compétence exclusive de la Cour d'arbitrage est préservée car elle seule peut renverser la présomption de constitutionnalité réfragable dont bénéficie les normes législatives.⁵¹ Non seulement l'application éventuelle par un juge d'une disposition législative inconstitutionnelle n'a pas pour effet de la valider,⁵² mais surtout les juridictions ne peuvent pas refuser d'appliquer une norme législative parce qu'elle serait manifestement inconstitutionnelle.⁵³

B. L'éventail forcé des motifs de refus

11. La doctrine est partagée sur l'éventail des motifs de refus. L'obligation d'interroger la Cour d'arbitrage a déjà fait l'objet d'entorses, parfois suggérées par des auteurs. J. VELAERS⁵⁴ et M. LEROY⁵⁵ ont ainsi préconisé, *contra legem* et avec une certaine gradation, de reconnaître dans le chef des juridictions statuant en dernier ressort la dispense de saisir la Cour d'arbitrage, le premier lorsque le juge n'a pas besoin de la réponse pour trancher le litige concret, le second lorsque cela n'est pas nécessaire.⁵⁶ Pour J. VELAERS, si la question est purement abstraite, elle n'est pas "préjudicielle" et viole les compétences reconnues aux hautes juridictions par et en vertu de la Constitution.⁵⁷ Selon M. LEROY, il y va d'une question

de bon sens à l'instar de la jurisprudence de la Cour de justice européenne.⁵⁸ H. SIMONART avait déjà suggéré, mais sous le régime de la loi de 1983, c'est-à-dire en l'absence d'un texte légal allant en sens contraire, qu'une simple allégation manifestement privée de tout fondement n'est pas une "question".⁵⁹ Selon l'auteur, toutefois, ni la thèse de J. VELAERS ni celle de M. LEROY ne paraissent pouvoir être suivies sous l'empire de la loi spéciale de 1989.⁶⁰ La Cour d'arbitrage n'exerçant qu'un contrôle de validité ou de conformité, l'espoir qu'elle se limite même à tempérer simplement le caractère presque absolu de l'obligation de renvoi, comme suggéré par A. ALEN et F. MEERSSCHAUT,⁶¹ est voué à rester un vœu pieux.⁶²

Malgré le texte clair de l'article 26 de la loi spéciale, la doctrine est donc partagée sur l'éventail des motifs de refus opposables par les hautes juridictions de renvoi. Les mêmes divergences se retrouvent dans la jurisprudence des trois hautes juridictions du pays.

12. La jurisprudence de la Cour d'arbitrage. Dans la droite ligne d'une jurisprudence soucieuse de respecter le rôle dévolu au juge de renvoi, la Cour d'arbitrage estime qu'il appartient à ce dernier d'apprécier s'il est dispensé de saisir la Cour.⁶³ L'arrêt conserve sa pertinence malgré qu'il ait été

rendu avant 1989.⁶⁴ Il ne constitue toutefois pas un "permis de violer" le prescrit de la loi spéciale. Seule l'appréciation de la *dispense* d'interroger la Cour est attribuée au juge de renvoi, par référence à l'alinéa 2 de l'article 15 de la loi de 1983, c'est-à-dire aujourd'hui de l'article 26 de la loi spéciale. En ce qui concerne la Cour de cassation et le Conseil d'Etat, la dispense établie est évidemment unique. En l'espèce, la Cour d'arbitrage statue en réalité sur sa propre compétence, malgré la formulation utilisée. Selon elle, il ne lui appartient pas de contrôler l'appréciation faite par le juge de renvoi. On pourrait ajouter: en l'absence d'un prescrit légal dans ce sens. D'autant plus qu'en toute hypothèse, ajoute la Cour, rien n'empêche le juge de renvoi de poser les questions visées à l'article 15, § 1er, de la loi organique.⁶⁵

13. La jurisprudence de la Cour de cassation. Dès 1984, la Cour de cassation s'est employée à respecter la compétence de la Cour d'arbitrage en en appelant soigneusement les limites dans un syllogisme parfait. La Cour identifie d'abord le conflit entre les normes suscité par la question débattue, vérifie ensuite si les normes sont susceptibles d'être contrôlées selon la loi spéciale et renvoie finalement la question à la Cour d'arbitrage non sans constater, le cas échéant, son obligation,⁶⁶ à défaut de dispense.⁶⁷ Sur ce dernier point, la Cour

⁴⁷ Voy. *supra*, n° 4. Dans le même sens: RASSON-ROLAND, A., *op. cit.*, 1991, p. 42.

⁴⁸ Sur l'inconstitutionnalité manifeste d'un contrôle de constitutionnalité des normes législatives par les juridictions autres que la Cour d'arbitrage, voy. UYTENDAELE, M., *op. cit.*, 1991, pp. 575 et 576.

⁴⁹ Selon RIGAUX, M.-F., le risque d'un contrôle diffus serait aggravé par le fait que la dispense ne concerne pas la Cour de cassation et le Conseil d'Etat (*op. cit.*, J.L.M.B., 1990, n° 8, p. 211). Au contraire, dans cette hypothèse, leur obligation de poser la question à la Cour d'arbitrage garantit au citoyen l'intervention de la Cour d'arbitrage à un moment donné de la procédure, fut-ce au stade ultime.

⁵⁰ Ainsi, un examen long et minutieux indiquerait l'existence d'un doute. RIGAUX, M.-F., *op. cit.*, J.L.M.B., 1990, p. 211, n° 9.

⁵¹ RIGAUX, M.-F., *op. cit.*, J.L.M.B., 1990, p. 211, n° 9.

⁵² Elle a pour seul effet de conforter la présomption. RASSON-ROLAND, A., *op. cit.*, 1991, p. 41.

⁵³ Avis du Conseil d'Etat, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1988-1989, n° 483/2, p. 82.

⁵⁴ VELAERS, J., "Het nieuwe artikel 107ter van de Grondwet en de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof", in *De hervorming van de instellingen - Tweede fase*, Bruges, La Chartre, 1989, p. 59; du même auteur, *op. cit.*, 1990, p. 389, n° 515.

⁵⁵ LEROY, M., *op. cit.*, J.T., 1989, p. 558.

⁵⁶ Malgré la deuxième dispense, déniée aux juridictions statuant en dernier ressort par l'art. 26, § 2, al. 3 de la loi spéciale, lorsque la réponse n'est pas indispensable pour rendre leur décision.

⁵⁷ L'interprétation n'est toutefois pas susceptible de paralyser l'art. 26, § 2, al. 3, 2° de la loi spéciale, à défaut de pouvoir la raccrocher aux art. 10, 11 et 24 de la Constitution ou aux règles organisant le partage de compétences entre la loi, le décret et l'ordonnance. Seule une disposition de droit international directement applicable en droit interne, est susceptible de paralyser devant les cours et tribunaux, par refus d'application, une norme ayant la valeur d'une loi. Tel est par exemple le cas de l'art. 6, § 1er de la Convention européenne des droits de l'homme qui, en vertu de sa primauté sur le droit national, a conduit le Conseil d'Etat à refuser l'application de l'art. 26, § 2 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage parce que poser une question qui, quelle que soit la réponse, n'aurait aucune incidence sur la décision sur le recours en annulation, serait incompatible avec l'exigence du délai raisonnable (C.E., arrêt De Ridder, n° 34.348, 13 mars 1990). La Cour de cassation ne semble pas encore s'être laissée emporter de la sorte. Voy. toutefois Cass. (2è ch.), 21 septembre 1993, *Pas.*, 1993, I, 724; *R. Cass.*, 1993, 218 et note MEERSSCHAUT, F., "De verplichting tot prejudiciële vragenstelling van het Arbitragehof in het aanschijs van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden". En matière de détention préventive, la loi du 20 juillet 1990 impose de manière impérative des délais très courts pour statuer sur son maintien éventuel. Aussi la Cour a-t-elle estimé que l'art. 5, § 3 de la même Convention prévaut sur la règle de l'art. 26, § 2 de la loi spéciale et empêche qu'une question préjudicielle soit posée à la Cour d'arbitrage. La norme internationale stipule en effet que toute personne arrêtée ou détenue a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable ou libérée pendant la procédure.

Revient-il seulement à la juridiction de renvoi d'estimer *a priori* que le délai pour répondre à la question est déraisonnable? La Cour d'arbitrage, dans sa mission de juger la validité des normes législatives, dispose de moyens pour accélérer une procédure qui, comparativement aux autres, prend relativement peu de temps (voy. *infra*, n° 22). Un filtre à l'entrée donne lieu à un contrôle marginal destiné aux cas flagrants, c'est-à-dire aux détours inutiles (voy. *supra*, n° 7). Il est aussi possible d'abréger le délai pour le dépôt des mémoires (art. 85, al. 3 de la loi spéciale). Sur le sujet qui déborde du nôtre, voy. notamment DELPÉRIE, F. et RASSON-ROLAND, A., *op. cit.*, 1990, n° 47, pp. 75 à 77; DELVA, J., "Profil constitutionnel de la Cour d'arbitrage de Belgique", A.P.T., 1991, p. 20 et note 96; LEMMENS, P.,

(suite) intervention dans la discussion in *Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel*, *op. cit.*, 1991, p. 62; LEROY, M., *Contentieux administratif*, t. 2, 2è éd., Bruxelles, P.U.B., 1995, p. 371; MAREEN, D., "Toetsing van de motieven van de wet van artikel 6 van het E.V.R.M.", note sous C.E., arrêts De Ridder, n° 34.348 et 34.891, 13 mars 1990 et 15 mai 1990, *T.B.P.*, 1990, p. 684; MEERSSCHAUT, F., "De raad van State ten aanzien van de verplichting tot prejudiciële vraagstelling aan het Arbitragehof: rebel without a cause?", note sous C.E., arrêt De Ridder, n° 34.348, 13 mars 1990, *R.W.*, 1990-1991, pp. 294 à 299 (l'arrêt est un "acte de contestation" selon l'auteur); SIMONART, H., *op. cit.*, 1991, pp. 70 et 71; SUETENS, L.-P. et LEYSEN, R., *op. cit.*, 1993, pp. 47 et 48. Dans le sens de l'applicabilité de l'art. 6, § 1 au contentieux constitutionnel, voy. LEMMENS, P., *op. cit.*, 1991, pp. 57 et 58. *Contra*: SUETENS, L.-P., *op. cit.*, 1991, p. 75. Sur la combinaison des contrôles opérés par la Cour d'arbitrage et la Cour de Strasbourg, voy. ERGEC, R., "La Cour d'arbitrage et le juge international et européen. La censure du législateur: le justiciable entre la Cour d'arbitrage, la Cour de Strasbourg et la Cour de Luxembourg", in *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage*, *op. cit.*, 1995, pp. 205 à 217. Finalement, à propos de l'invitation qu'aurait elle-même adressée la Cour d'arbitrage aux hautes juridictions à vérifier si le renvoi, même obligatoire, ne porte pas atteinte au droit d'être jugé dans un délai raisonnable, voy. SIMONART, H., "La Cour d'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme", in *Présence du droit public et des droits de l'homme*, *op. cit.*, T. III, 1992, pp. 1480 et 1481, n° 13 et 14.

⁵⁸ Malgré la rédaction radicalement différente de l'art. 177 du Traité de Rome. Voy. SIMONART, H., *op. cit.*, 1991, pp. 67 à 69.

⁵⁹ SIMONART, H., "Le contrôle exercé par la Cour d'arbitrage", in *La Cour d'arbitrage. Actualité ...*, *op. cit.*, 1988, p. 165; du même auteur, *La Cour d'arbitrage. Une étape ...*, *op. cit.*, 1988, p. 235.

⁶⁰ SIMONART, H., *op. cit.*, 1991, p. 70. Voy. aussi SUETENS, L.-P. et LEYSEN, R., *op. cit.*, 1993, p. 47.

⁶¹ Le vœu est pourtant moins catégorique que celui de LEROY, M., ALEN, A. et MEERSSCHAUT, F., "Het Arbitragehof, (nog steeds) een grondwettelijk hof in wording. Een commentaar op de bijzondere wet van 6 januari 1989", *T.B.P.*, 1989, p. 224. Selon les auteurs, les hautes juridictions pourraient faire usage de la troisième dispense de l'art. 26, § 2, al. 3 de la loi spéciale lorsqu'elles considèrent que la loi en cause peut être interprétée d'une manière conforme à la Constitution (p. 225).

⁶² SIMONART, H., *op. cit.*, 1991, p. 70.

⁶³ C.A., arrêt n° 44/87, 23 décembre 1987, B.1.

⁶⁴ ANDERSEN, R., NIHOUL, P. et DEPRÉ, S., *op. cit.*, 1995, p. 163.

⁶⁵ L'al. 3 de l'art. 142 de la Constitution lui en assure même la faculté. La Cour poursuit en précisant qu'une fois la décision de renvoi prise, les parties n'ont ni la possibilité de modifier les termes de cette saisine ni la possibilité de rendre cette saisine inopérante (B.1.).
⁶⁶ Cass. (3è ch.), 14 mai 1984, *Pas.*, 1984, I, 1114 et concl. du ministère public publiées in *Arr. Cass.*, 1983-1984, n° 523; Cass. (3è ch.), 2 décembre 1985, *Pas.*, 1985, I, 399; Cass. (3è ch.), 6 mai 1985, *Pas.*, 1985, I, 1089; Cass. (1re ch.), 11 juin 1987, *Pas.*, 1987, I, 1199; Cass. (1re ch.), 26 janvier 1990, *Pas.*, 1990, I, 613; Cass. (1re ch.), 2 mars 1990, *Pas.*, 1990, I, 777; Cass. (1re ch.), 21 novembre 1991, *Pas.*, 1992, I, 215; Cass. (1re ch.), 18 février 1993, *Pas.*, 1993, I, 192; Cass. (2è ch.), 31 mars 1993, *Pas.*, 1993, I, 344; Cass. (1re ch.), 23 décembre 1993, *Pas.*, 1993, I, 1111; Cass. (2è ch.), 14 juin 1994, *Pas.*, 1994, I, 587; Cass. (1re ch.), 3 novembre 1994, *Pas.*, I, 898; Cass. (2è ch.), 14 février 1995, *Pas.*, 1995, I, 177; Cass. (2è ch.), 10 mai 1995, *Pas.*, 1995, I, 483; Cass. (2è ch.), 24 mai 1995, *Pas.*, 1995, I, 539.

⁶⁷ Lorsque l'opportunité se présente, la Cour de cassation ne manque évidemment pas de soulever l'irrecevabilité de l'action pour des motifs de procédure tirés de normes ne faisant pas elles-mêmes l'objet de la demande de question préjudicielle. Voy. notamment Cass. (2è ch.), 11 décembre 1990, *Pas.*, 1991, I, 356 (défaut d'intérêt); Cass. (2è ch.), 31 mai 1994, *Pas.*, I, 531 et note M.D.S. (décision non ch.); définitive sur l'action publique); Cass. (2è ch.), 17 mai 1995, *Pas.*, I, 512 (défaut d'intérêt); Cass., 14 juin 1995, RG P.95.614.F, inédit au moment de la rédaction. Pour une application douteuse de la disposition, voy. *infra*, note 82. Par ailleurs, on sait que le refus de renvoi n'est pas susceptible d'un recours distinct. Selon la Cour de cassation, est donc irrecevable le pourvoi limité au refus de renvoi sans qu'aucun moyen ne soit invoqué contre la décision concernée faisant application de la disposition qui était l'objet de la demande de question préjudicielle. Par voie de conséquence, la Cour n'est pas tenue de poser la même question préjudicielle sollicitée devant

de cassation semble respecter à la lettre les dispositions de l'article 26, § 2 de la loi spéciale, sous réserve de ce qui sera dit *infra*,⁶⁶ parfois même avec une pointe d'ironie lorsque les effets pervers d'une obligation absolue la poussent au-delà des limites de l'absurde.⁶⁷ L'arrêt annoté est d'autant plus inquiétant. La Cour aurait-elle succombé au contexte vraiment particulier du procès ou s'est-elle subitement décidée à se révolter contre l'obligation de renvoi, à l'instar du Conseil d'Etat? Le respect de la lettre de l'article 26 conduirait sans doute la Cour à refuser de poser une question préjudicielle portant sur une norme autre que législative.⁶⁸ D'un autre côté, la Cour n'hésite pas à casser, le cas échéant, la décision prise par une juridiction inférieure en violation de l'article 26, § 2 de la loi spéciale.⁶⁹

Plusieurs décisions de la Cour de cassation méritent une attention toute particulière. Ainsi, la Cour juge-t-elle irrecevable une question sollicitée devant elle "à défaut de précision", le demandeur n'indiquant pas "en quoi consisterait la violation alléguée".⁷⁰ Il semble pourtant que l'article 27, § 2 de la loi spéciale exige uniquement la mention des dispositions de la règle législative qui fait l'objet de la question et des articles pertinents de la Constitution ou des lois spéciales. Au surplus, ces mentions doivent figurer dans la décision de renvoi et non dans les conclusions sollicitant le renvoi. Finalement, le moyen doit être au besoin soulevé d'office par le

juge, les dispositions de l'article 26 de la loi spéciale étant des dispositions d'ordre public. Faut-il pour autant conclure que la Cour de cassation a exercé de la sorte un contrôle marginal de constitutionnalité? La suite de l'arrêt confirme seulement le manque de motivation à l'appui de la demande de renvoi.⁷¹ Il ne mentionne aucune base légale permettant de mieux comprendre la décision de la Cour. Sans doute parce que l'article 26 de la loi spéciale doit simplement être combiné avec les règles de la procédure en cassation. L'article 1080 du Code judiciaire, en particulier, indique que la requête contient, à peine de nullité, l'exposé des moyens de la partie demanderesse, ses conclusions et l'indication des dispositions légales dont la violation est invoquée.⁷² Il s'agit donc d'un motif d'irrecevabilité étranger à la norme contestée.

Dans le même arrêt, la Cour de cassation rejette une autre question préjudicielle se rapportant cette fois aux articles 10 et 11 de la Constitution, toujours pour cause d'irrecevabilité, au motif qu'elle "est étrangère tant à l'article 149 de la Constitution, seule disposition dont la violation est invoquée en cette branche du moyen, qu'au défaut de réponse aux conclusions du demandeur, seul grief allégué en ladite branche". La Cour confirme de la sorte une jurisprudence amorcée en 1990 et présentée comme étant fondée sur des motifs inhérents à la procédure applicable devant elle: l'extranéité de la question au litige⁷³ ou au(x) moyen(s).⁷⁴ Dans le premier cas, la ques-

tion était soulevée par un moyen devant la Cour mais était étrangère au litige sur lequel le conseil supérieur de milice était appelé à statuer et a statué. Selon la Cour, l'obligation de l'article 26, § 2 de la loi spéciale ne peut s'entendre que dans les limites du litige sur lequel le juge du fond était appelé à statuer et a statué. Dans la deuxième espèce, la question était posée sans se rapporter à aucun des deux moyens soulevés. D'après la Cour, l'article 26, § 2 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage ne peut s'entendre que dans les limites des moyens sur lesquels la Cour est appelée à statuer. Les conclusions conformes du ministère public rappellent que la Cour a toujours observé l'obligation de renvoi, lors même que la réponse n'est pas indispensable pour rendre sa décision ou que la Cour s'est déjà prononcée à titre préjudiciel sur une question ayant le même objet. Chaque fois, cependant, il s'agissait de questions soulevées par un moyen, le moyen et la question étant liés. Par contre, lorsque les questions sont étrangères aux moyens soulevés, ce que montre clairement le cas d'espèce exposé dans les conclusions et dans l'arrêt, elles ne doivent pas être posées. Selon l'avocat général, cette solution s'inscrit "dans la logique du recours en cassation prévu en matière de milice. En effet, l'article 51, § 1er des lois coordonnées dispose notamment que le pourvoi doit contenir l'exposé des moyens".⁷⁵

En matière civile, on a vu deux paragraphes plus haut qu'il existe une disposition identique. Mais il y a plus. La Cour de cassation ne peut pas soulever d'office un moyen,

fut-il d'ordre public.⁷⁶ L'obligation de renvoi ne vaut donc pour la Cour de cassation, en matière civile, que si la question est soulevée dans le pourvoi⁷⁷ ou si elle est nécessaire à l'examen d'une fin de non-recevoir.^{80,81} A considérer les motifs avancés par la Cour dans les arrêts qui précèdent, il faut ajouter à la première condition que la question doit être sollicitée dans un moyen du pourvoi et être liée tant au litige qu'au moyen concerné. On peut toutefois s'interroger sur la question de savoir s'il s'agit encore de motifs de procédure conduisant à déclarer l'action irrecevable.⁸²

En matière répressive, par contre, lorsqu'une question visée à l'article 26, § 1er, 3° de la loi spéciale est soulevée devant la Cour de cassation, celle-ci, même en l'absence de moyen proposé à l'appui du pourvoi, doit, en règle, demander à la Cour d'arbitrage de statuer sur cette question.⁸³ Dans cette matière, le risque de procédures dilatoires est donc particulièrement grand. Il semble possible de faire durer un pourvoi en cassation "à volonté", par des demandes de renvoi répétées. L'intervention du législateur spécial est évidemment souhaitable sur ce point.

14. La jurisprudence du Conseil d'Etat. Sans doute plus enclin au droit public, le Conseil d'Etat a difficilement supporté les non-sens dans le règlement des conflits. Il n'a dès lors pas ménagé ses efforts pour pallier aux carences de la loi dans les hypothèses où il ne peut pas user de son unique dispense de renvoi.⁸⁴ Ce faisant, la haute juridiction adminis-

^(min) elle, en application de l'art. 26, § 2, al. 2 de la loi spéciale. Cass. (3è ch.), 17 février 1992, *Pas.*, 1992, I, 542 et *R. Cass.*, 1992, 61, note MEERSCHAUT, F.; Cass. (3è ch.), 16 mars 1992, *Pas.*, 1992, I, 647; Cass. (2è ch.), 16 décembre 1992, *Pas.*, 1992, I, 1389.

⁶⁶ Voy. n° 18.

⁶⁷ En rapport avec la première dispense niée par l'art. 26 dans son chef, la Cour n'hésite pas à déclarer qu'elle n'est pas dispensée de demander à la Cour d'arbitrage de statuer sur la question soulevée en l'espèce *lors même* que celle-ci s'est déjà prononcée à titre préjudiciel sur une question ayant le même objet, parfois posée par elle-même! Voy. Cass. (1re ch.), 19 janvier 1989, *Pas.*, 1989, I, 538 (18 arrêts analogues du même jour, 541); Cass. (3è ch.), 6 avril 1992, *Pas.*, 1992, I, 713. Comp. en sens contraire, mais conformément à l'art. 15, § 2 de la loi de 1983: Cass. (1re ch.), 13 octobre 1988, *Pas.*, 1989, I, 150, deux espèces. Dans le même ordre d'idées, eu égard à la deuxième dispense, la Cour constate qu'elle "n'est pas dispensée de demander à la Cour d'arbitrage de statuer sur la question soulevée en l'espèce *lors même* qu'elle estime que la réponse à la question préjudicielle n'est pas indispensable pour rendre sa décision" (italiques de l'auteur, en abrégé: idla). Voy. Cass. (3è ch.), 5 février 1990, *Pas.*, I, 1990, 654 et les critiques formulées sur ce point par ALLEN, A., et MEERSCHAUT, F., *op. cit.*, T.B.P., 1989, n° 33, pp. 223 et 224.

⁷⁰ Aucun arrêt n'a été relevé dans ce sens.

⁷¹ Sous réserve de ce que le recours introduit ne soit pas distinct et ne porte pas uniquement sur le refus de renvoi (voy. *supra*, note 67), tel est par exemple le cas lorsque la juridiction n'a pas constaté et qu'il ne ressort pas des énonciations de la décision attaquée que l'une des conditions prévues par l'art. 26, § 2 était remplie (Cass. (3è ch.), 22 juin 1992, *Pas.*, 1992, I, 945). A défaut d'un constat exprès dans la décision entreprise, la Cour s'estime donc compétente, comme dans d'autres matières, pour considérer que la juridiction qui en est l'auteur "a pu décider" que la réponse n'était pas indispensable pour statuer (Cass. (3è ch.), 6 septembre 1993, *Pas.*, 1993, I, 656).

⁷² Cass. (1re ch.), 30 juin 1994, *Pas.*, 1994, I, 663; Cass. (2è ch.), 24 janvier 1996, RG P.95.0190.F, inédit au moment de la rédaction.

⁷³ Attendu "qu'en effet, aux termes de l'art. 5, § 1er, I, 1° précité de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, la politique de dispensation de soins n'est une matière personnelle que sous la réserve d'un certain nombre d'exceptions, notamment à l'exception de la législation organique et du financement de l'exploitation, lorsqu'il est organisé par la législation organique; que, la loi coordonnée le 7 août 1987 étant une loi organique sur les hôpitaux organisant notamment leur financement, il appartenait au demandeur de préciser dans la question préjudicielle qu'il entend faire poser à la Cour d'arbitrage en quoi l'art. 44 de cette loi serait étranger aux exceptions, en vertu desquelles la loi organique et le financement qu'elle organise ne sont pas des matières personnelles; que l'art. 128, § 1er (ancien art. 59bis, § 2bis) de la Constitution soustrait à la compétence des communautés, mais sont, au contraire, des matières que la Constitution continue à réserver à la loi".

⁷⁴ Ainsi, est également jugé irrecevable le moyen soulevé dans le même arrêt, invoquant la violation de l'art. 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la mesure où il n'indique pas en quoi cette disposition légale aurait été méconnue. Dans le même genre, la Cour a décidé que "le moyen en cette branche fait valoir que l'application, par les juges d'appel, de la règle citée par le moyen en cette branche est contraire aux art. 6 et 6bis (10 et 11) de la Constitution, sans énoncer la disposition légale consacrant ladite règle; que, dans cette mesure, le moyen en cette branche est irrecevable; (...) que les juges d'appel ne violent pas les dispositions légales citées par le moyen en cette branche autres que les art. 6 et 6bis de la Constitution" (Cass. (1re ch.), 24 septembre 1993, *Pas.*, 1993, I, 749; idla). Il faut rappeler qu'en matière civile, la requête en cassation doit indiquer séparément, pour chacun des moyens, les dispositions légales dont la violation est invoquée (Cass., (3è ch.), 18 avril 1973, *Pas.*, 1973, I, 799).

⁷⁵ Cass. (3è ch.), 19 mars 1990, *Pas.*, 1990, I, 838 (notices présentées comme étant conformes à l'arrêt).

⁷⁶ Cass. (3è ch.), 7 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, 1020 et concl. de M. l'avocat général LECLERCQ, J.-F.; Cass. (3è ch.), 6 septembre 1993, *précité*. L'argument a déjà été évoqué, malgré un pourvoi basé uniquement sur le refus de renvoi, une fois considéré que la juridiction inférieure a pu décider que la réponse n'était pas indispensable pour statuer. La question préjudicielle que le demandeur espérait voir poser

^(min) par la Cour de cassation, ne concernait évidemment pas le refus de renvoi. Aussi la Cour a-t-elle décidé que la question "est étrangère au moyen qu'il invoque et ne doit, dès lors, pas être posée" (Cass. (3è ch.), 6 septembre 1993, *précité*).

⁷⁷ Cass. (3è ch.), 7 mai 1990, *précité*, 1023.

⁷⁸ RIGAUD, F., *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 1966, p. 153; SOETAERT, R., "Un arrêt de cassation est-il lisible?", *J.T.*, 1980, p. 366.

⁷⁹ La plus grande prudence s'impose car les conséquences d'une telle exigence procédurale sont évidemment graves. Selon la Cour de cassation, toutefois, il faut reconnaître que le demandeur a le droit de combattre, dans le mémoire déposé à l'appui de son pourvoi, les objections auxquelles il peut s'attendre en ce qui concerne la recevabilité de celui-ci. La question préjudicielle sollicitée dans ces conditions doit donc être posée à la Cour d'arbitrage (Cass. (1re ch.), 18 juin 1992, *Pas.*, 1992, I, 919 (décision implicite) et 920, note 2).

⁸⁰ Sur le renvoi d'une question nécessaire à l'examen d'une fin de non-recevoir, voy. Cass. (3è ch.), 9 décembre 1991, *Pas.*, 1992, 268. La réponse de la Cour d'arbitrage a donné lieu à l'arrêt n° 2793 du 1er avril 1993. L'application des dispositions concernées, jugées non-discriminatoires dans l'interprétation donnée par la Cour de cassation, fait l'objet de l'arrêt du 15 novembre 1993, *Pas.*, 1993, I, 946.

⁸¹ VAN COMPERNOLLE, J., *op. cit.*, 1995, n° 6, pp. 193 et 194 et note 1; SIMONART, H., *La Cour d'arbitrage. Une étape ...*, *op. cit.*, 1988, pp. 247 et 248.

⁸² L'art. 26, § 2, al. 2 de la loi spéciale ne mentionne nulle part la dispense pour irrecevabilité du moyen ou même de la demande de renvoi. Voy. à cet égard Cass. (1re ch.), 24 septembre 1993, *précité*. Le sommaire indique que lorsqu'un moyen de cassation soulève une question relative à la violation par une loi des art. 10 et 11 de la Constitution, la Cour de cassation n'est pas tenue de poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage lorsqu'elle rejette le moyen en raison de son irrecevabilité. La note 1 (750) signale cependant que le ministère public estimait par contre qu'il y avait lieu, nonobstant l'irrecevabilité de la branche du moyen, d'interroger la Cour d'arbitrage, même si la réponse n'est pas indispensable pour statuer. En réalité, deux questions ont été posées en l'espèce. Seule la première question concerne le sommaire. La Cour estime qu'elle ne doit pas être posée parce qu'elle vise une disposition qui n'est pas applicable en l'espèce et que le moyen, en cette branche, eut-il été fondé, ne peut entraîner la cassation et est, dès lors, irrecevable. La position de la Cour est critiquable si l'irrecevabilité du moyen a justifié le refus. Si par contre le refus procède de l'inapplicabilité de la disposition au litige, ne peut-on pas considérer que la Cour a joué le rôle qui lui revient dans le mécanisme préjudiciel? Un arrêt plus récent semble indiquer qu'il faut retenir la première branche de l'alternative: Cass. (2è ch.), 15 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, 264. Selon la Cour, "le moyen invoqué par le demandeur étant irrecevable pour des motifs propres à la procédure en cassation, la Cour n'est pas tenue de poser la question préjudicielle à la Cour d'arbitrage". En réalité, le moyen est déclaré irrecevable parce qu'il ne peut entraîner la cassation. Il soulevait la discrimination établie par les art. 12 et 13 des lois sur la milice parce que les causes de dispense de service prévues par ces dispositions légales ne tiennent pas compte des convictions religieuses interdisant d'accomplir tout service militaire, mais bien de circonstances de nature familiale et sociale. D'après la Cour, même si ces dispositions étaient déclarées inconstitutionnelles par la Cour d'arbitrage, l'intéressé ne serait pas pour autant exempté du service militaire. Son obligation procède plutôt de l'art. 2, §§ 1er et 2 des lois sur la milice. A nouveau, le refus de renvoi ne procède-t-il pas de l'inapplicabilité de la disposition querrelée au litige?

⁸³ Cass. (2è ch.), 9 septembre 1992, *Pas.*, 1992, I, 1013 (solution implicite).

⁸⁴ Le Conseil d'Etat utilise évidemment la dispense. Voy. ANDERSEN, R., NIHOUL, P. et DIEPRÉ, S., *op. cit.*, 1995, pp. 165 et 166 et notamment C.E., arrêt Evrard, n° 42.697, 26 avril 1993 (art. 19, al. 1er des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat: défaut d'intérêt).

trative n'a-t-elle pas dépassé les bornes en allant parfois jusqu'à se substituer à la Cour d'arbitrage? Le cas échéant, il ne s'agit plus d'un "piéd de nez"⁸⁵ adressé au législateur, mais d'une violation pure et simple de l'article 142 de la Constitution... en toute impunité! Conseil d'Etat et Cour de cassation interprètent ainsi différemment les règles de procédure afférentes au mécanisme de la question préjudicielle. Tel est au moins le cas de l'obligation de renvoi, pourtant identique dans la loi spéciale. Son intensité varie selon la haute juridiction saisie.

Il est de bon ton que le Conseil d'Etat et la Cour d'arbitrage, appelés chacun à censurer des normes d'une nature distincte au contentieux de l'annulation, se déclarent réciproquement incompétents lorsqu'est entreprise devant eux l'annulation d'une norme relevant des attributions de l'autre juridiction.⁸⁶ Si l'hypothèse du mécanisme préjudiciel est du reste différente à plusieurs égards,⁸⁷ il en résulte une jurisprudence abondante qui, lorsqu'elle émane de la Cour d'arbitrage, a un effet *erga omnes* au contentieux de l'annulation et quelle que soit l'issue du recours, puisqu'il y va d'une question de droit précise.⁸⁸ Plusieurs arrêts refusent ainsi de poser une question préjudicielle lorsque les normes applicables n'ont pas la valeur d'une loi.⁸⁹ Tel est évidemment le cas des arrêtés royaux ou des arrêtés de gouvernement, mais aussi des articles constitutionnels. L'élément est important eu égard à l'espèce annotée.

Le jugement de la recevabilité par le Conseil d'Etat peut-il s'écarter d'une appréciation purement formelle de l'obligation de renvoi, limitée à l'objet des questions préjudicielles? De la jurisprudence existe dans ce sens, le Conseil d'Etat refusant de poser une question préjudicielle à propos d'une loi antérieure aux règles de répartition des compétences. Selon lui, les questions doivent être relatives à une violation des règles de référence, "ce qui suppose nécessairement une incompatibilité de celles-ci avec la loi ou le décret critiqué". Or, une loi modifie "implicitement toute loi antérieure dans la mesure où l'une et l'autre sont incompatibles". Elles ne peuvent pas de la sorte coexister. L'hypothèse d'une incom-

patibilité persistante et, par conséquent, celle d'une 'violation' par une loi de règles de compétence établies par la Constitution ou en vertu de celle-ci par la loi spéciale, "sont impossibles lorsque, comme en l'espèce, la loi critiquée est antérieure à la loi spéciale".⁹⁰

Une telle interprétation est d'autant plus préoccupante qu'elle a été ultérieurement infirmée par la Cour d'arbitrage.⁹¹ Est-ce pour autant la preuve que le Conseil d'Etat s'est substitué à la Cour d'arbitrage? L'hypothèse est très spécifique car elle concerne des abrogations implicites et le vaste problème des conflits de loi dans le temps. Elle fait toutefois penser à d'autres cas dans lesquels le Conseil d'Etat localise volontairement la discrimination dans une norme qui ne relève pas du monopole de la Cour d'arbitrage, à tort ou à raison. La validité d'une telle démarche doit être examinée *infra* car elle vise expressément l'espèce annotée.

Il arrive aussi que le Conseil d'Etat combine la recevabilité de la demande de renvoi avec l'irrecevabilité de l'action pour des motifs de procédure tirés d'autres normes législatives que celles faisant l'objet de la question. Tel est le cas lorsque l'irrecevabilité procède d'une norme autre que législative. L'exercice est insidieux. Ainsi, la haute juridiction considère qu'"aucune disposition constitutionnelle ou légale ne confère à la Cour le pouvoir de statuer, à titre préjudiciel, sur la question de savoir si est contraire aux articles 6 et 6bis (10 et 11) de la Constitution une décision juridictionnelle, une jurisprudence ou encore un acte réglementaire, tel l'arrêt du Régent du 23 août 1948 portant règlement de la procédure devant la section d'administration du Conseil d'Etat dont l'article 4 instaure le délai de prescription qui entrave l'action du requérant; que l'action apparaissant irrecevable pour des motifs de procédure tirés de normes qui ne sont pas, et ne pourraient être, l'objet de la demande de question préjudicielle, ladite question ne doit pas être posée".⁹²

On comprend le souci du Conseil d'Etat d'éviter la paralysie inutile de motifs d'irrecevabilité inhérents à sa procédure. Ce souci est légitime d'autant plus qu'à cette occasion, la haute juridiction ne semble pas opérer elle-même un con-

trôle de constitutionnalité – même superficiel – sur des normes législatives. Ce qui n'est pas toujours le cas lorsque le Conseil d'Etat statue au contentieux de la suspension. La doctrine et une bonne partie de la jurisprudence estiment ainsi que le caractère provisoire de la décision à prendre autorise le Conseil d'Etat à examiner les "apparences de constitutionnalité" d'une disposition législative querrelée afin d'aménager, le cas échéant et selon cette apparence, une situation d'attente ne portant pas préjudice au monopole de la Cour d'arbitrage, à savoir la suspension de l'acte à titre conserva-

toire.^{93,94} Même dans ce cas, il convient de poser la question préjudicielle pour respecter au mieux les termes de l'article 26 de la loi spéciale, que le Conseil d'Etat se déclare compétent ou incompétent (sauf pour cause d'irrecevabilité au sens du § 2), et qu'il accepte ou refuse la demande de suspension, sous peine de tolérer qu'il s'attribue une compétence que la loi lui refuse.⁹⁵ Les arrêts les plus récents ont toutefois tendance à estimer n'y avoir lieu à renvoi préjudiciel lorsque le moyen qui invoque la violation d'une règle de référence par une norme législative servant de fondement à l'acte adminis-

⁸⁵ Voy. l'abondante jurisprudence citée par ANDERSEN, R., NIHOUL, P. et DEPRÉ, S., *op. cit.*, 1995, pp. 168 à 173; extraits du rapport de M. l'auditeur JAUMOTTE, J., "Conditions de mises à l'autorisation d'exercer une profession et principe d'égalité: questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage et référé administratif", préc. C.E., arrêt n° 43.874, 27 août 1993, A.P.T., 1994, pp. 65 à 76; LAGASSE, D., "Le contrôle par le Conseil d'Etat statuant au contentieux de l'inconstitutionnalité apparente des normes législatives sur lesquelles reposent les décisions attaquées devant lui", obs. sous C.E., arrêt Rosu, n° 37.546, 30 août 1991, J.T., 1991, p. 676 à 679; du même auteur, "Le Conseil d'Etat statuant au contentieux de la suspension doit-il poser à la Cour d'arbitrage une question préjudicielle qui est soulevée devant lui?", obs. sous C.E., arrêt Nayo Kodjo, n° 48.447, 1er juillet 1994, J.T., 1994, respectivement p. 676 et p. 678; NEURAY, J.-F., "La procédure de suspension devant le Conseil d'Etat peut-elle s'accommoder d'une question préjudicielle, singulièrement lorsque l'acte suspendu consiste en un refus d'autorisation?", note sous C.E., arrêt n° 43.874, 27 août 1993, J.L.M.B., 1994, pp. 96 à 98. La solution n'est pas exempte de toute critique au regard du texte de la loi spéciale auquel une loi ordinaire ne peut évidemment pas déroger. L'obligation générique établie par l'al. 1er du § 2 de l'art. 26 vise en effet les juridictions dans leur ensemble, sans exclure le juge statuant en référé. De plus, le § 1er de l'art. 26 précise que la Cour d'arbitrage statue à titre préjudiciel, sans distinguer la nature du jugement concerné. Finalement, la procédure et ses délais sont suspendus durant le temps nécessaire à la réponse par la Cour d'arbitrage (art. 30 de la loi spéciale), ce qui relativise la nécessité absolue de statuer dans un délai de rigueur, argument avancé en faveur d'un examen de l'apparence de constitutionnalité (LAGASSE, D., *op. cit.*, J.T., 1991, comp. p. 678, col. g. et p. 679, col. m.). Globalement, on peut toutefois estimer que les objectifs du mécanisme préjudiciel comme de la procédure en référé sont atteints lorsque l'aménagement d'une situation d'attente s'accompagne d'un renvoi préjudiciel, pour peu évidemment que l'art. 26 le commande. S'agissant du renvoi, le cas citoyen à l'occasion de voir la Cour d'arbitrage se prononcer sur le vice soulevé, la réponse de la Cour ayant des répercussions, le cas échéant, sur la situation d'attente, en tout cas sur la procédure au fond. En même temps, il peut être remédié à la situation urgente, sans préjudice de la réponse donnée par la Cour d'arbitrage. On peut même prétendre que le délai raisonnable de l'article 6, § 1er de la Convention européenne des droits de l'homme s'en trouve respecté. Cependant, une interprétation fleurissante du rôle imparté au juge des référés semble permettre d'éviter purement et simplement le renvoi. Selon cette interprétation, le juge des référés ne statue pas en droit car il ne fait que prendre des mesures provisoires. Dans ce cas, le renvoi préjudiciel n'a évidemment plus d'objet, à défaut de normes appliquées. Les arrêts évoqués ci-dessus ne semblent toutefois pas adhérer à cette conception. Le raisonnement tenu par le Conseil d'Etat est résolument juridique. Il n'est d'ailleurs pas évident que le contentieux objectif permette de s'écarter, comme dans le référé judiciaire, d'un examen minimum de légalité. Sur la différence entre référé administratif et référé judiciaire, voy. *infra*, note 95.

⁸⁶ La norme querrelée peut avoir pour enjeu la propre compétence du Conseil d'Etat au contentieux de la suspension. Quant à l'examen de l'apparence de constitutionnalité, il prend éventuellement appui sur la jurisprudence de la Cour d'arbitrage. Voy. par exemple C.E., arrêt Nayo Kodjo, n° 48.447, 1er juillet 1994, précité; C.E., arrêt Taye, 30 mai 1994, n° 46.679, A.P.M., 1994, p. 118; la jurisprudence citée par ANDERSEN, R., NIHOUL, P. et DEPRÉ, S., *op. cit.*, 1995, p. 166. L'aménagement d'une situation d'attente ne vaut que le temps nécessaire à la Cour d'arbitrage pour rendre son arrêt préjudiciel, puisque le président de chambre ne peut évidemment pas substituer son jugement, même en se fiant aux apparences, à celui réservé à la Cour d'arbitrage. Par conséquent, en cas de besoin et de contrariété d'appréciation, le président de chambre doit être amené à réviser son arrêt provisoire.

⁸⁷ Rien dans la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage n'interdit au juge administratif d'aménager provisoirement une situation d'attente en ayant égard aux apparences d'inconstitutionnalité de la norme législative sur laquelle repose la décision attaquée devant lui (LAGASSE, D., *op. cit.*, J.T., 1991, p. 679, conclusion). Mais rien dans l'art. 26 de ladite loi spéciale ne l'autorise non plus à refuser le renvoi préjudiciel, au contraire, si ce n'est l'existence d'un motif de procédure conduisant à l'irrecevabilité de l'action et tiré de normes ne faisant pas elles-mêmes l'objet de la demande de question préjudicielle. Les dépenses établies par l'art. 26, § 2, al. 3 de la loi spéciale, ne visent en effet que les décisions susceptibles d'appel, d'opposition, de pourvoi en cassation ou de recours en annulation au Conseil d'Etat. La décision provisoire prise au contentieux de la suspension par le Conseil d'Etat n'est pas concernée par ces dépenses. L'est, par contre, celle en référé prise par le juge judiciaire puisqu'elle est susceptible de recours tels que précisés par l'art. 26, § 2 de la loi spéciale. Sur ce point, la situation du juge des référés est donc différente selon qu'il s'agit du référé judiciaire ou administratif.

⁸⁸ A la différence du Conseil d'Etat statuant en référé, le juge judiciaire peut se prévaloir de toutes les dépenses de renvoi prévues au § 2 de l'art. 26, notamment lorsque la réponse n'est pas indispensable pour rendre sa décision, ce qui explique pourquoi on le considère généralement comme n'étant pas tenu au renvoi préjudiciel, compte tenu de l'urgence des situations qui lui sont soumises (FERTWEISS, A., *Manuel de procédure civile*, Liège, Faculté de droit de Liège, 1987, n° 449, p. 336 et 337; SMOEN, H., *La Cour d'arbitrage. Une étape...*, *op. cit.*, 1988, pp. 228 et 229; VAN COMPERNOLLE, J., *op. cit.*, 1995, n° 7, pp. 195 et 196 et note 1).

⁸⁹ Le juge administratif ne dispose pas des mêmes facilités. Il est tenu de poser la question préjudicielle même si la question n'a plus de sens (comp. LAGASSE, D., *op. cit.*, J.T., 1991, p. 679, col. m.). Tel est le cas lorsque la haute juridiction s'est déclarée compétente, au vu des apparences d'inconstitutionnalité d'une loi établissant le contraire, mais n'accueille pas la demande de suspension. En pratique, le juge administratif a toutefois du mal à assumer la différence de régime, ce qu'il ne résiste pas à dévoiler même lorsqu'il se soumet à l'obligation de saisine. Pour prendre un exemple, le Conseil d'Etat considère *contra legem*, aux endroits mis en évidence par des italiques, que "l'art. 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage fait obligation au Conseil d'Etat de poser à la Cour une question ayant sa propre compétence pour enjeu; qu'il ne pourrait s'en dispenser que à cet stade de la procédure, ou bien que la question préjudicielle est dénuée de tout fondement, ou bien que la demande de suspension devrait être rejetée pour un autre motif que d'incompétence, soit qu'elle ne soit pas recevable, soit qu'elle ne satisfasse pas à une des conditions posées par l'art. 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, auxquels cas la réponse de la Cour serait sans effet sur la solution du litige" (C.E., arrêt Nayo Kodjo, n° 48.447, 1er juillet 1994, précité). Les conditions posées par l'art. 17 des lois coordonnées ne sont-elles pas des conditions de fond?

(note) Il s'en prive lorsque les motifs de procédure conduisant à l'irrecevabilité de l'action sont tirés de normes législatives faisant elles-mêmes l'objet de la demande de question préjudicielle. Voy. C.E., Stancu et crts, n° 46.913, 19 avril 1994.

⁸⁵ LEROY, M., *op. cit.*, J.T., 1989, p. 558.

⁸⁶ Voy. ANDERSEN, R., NIHOUL, P. et DEPRÉ, S., *op. cit.*, 1995, pp. 157 et 158. Si la Cour d'arbitrage ne s'est sans doute pas prononcée de manière exhaustive à propos de toutes les règles existantes échappant à sa compétence, rares sont encore les cas inabordés qui présentent un doute sérieux. En rapport avec le Conseil d'Etat, ont par exemple été rejetés les recours contre un acte administratif, mais aussi contre un jugement, un acte législatif, un contrat de vente, etc.

⁸⁷ Premièrement, il ne s'agit plus pour la haute juridiction de renvoi de se prononcer uniquement sur sa compétence mais de déborder en partie sur celle de la Cour d'arbitrage dans les limites de l'art. 26 (voy. *supra*, n° 7). Deuxièmement, la réciprocité et le *fair-play*, bien compris au contentieux de l'annulation, pourraient ici être troublés par la présence d'une troisième haute juridiction, la Cour de cassation.

⁸⁸ Sur ce point, voy. *supra*, note 16. Si la Cour s'est prononcée sur renvoi préjudiciel, le Conseil d'Etat n'est pas juridiquement tenu par la solution apportée dans un litige distinct. Mais s'il décide autrement ou si la Cour d'arbitrage ne s'est jamais prononcée sur la question, la solution avancée par le Conseil d'Etat ne lie certainement pas la Cour d'arbitrage.

⁸⁹ Voy. ANDERSEN, R., NIHOUL, P. et DEPRÉ, S., *op. cit.*, 1995, p. 154 à 166.

⁹⁰ C.E., arrêts Région wallonne, n° 29.692 à 29.694, 25 mars 1988, J.T., 1989, p. 286 et obs. préc. de LEBLANC, Y.; J.L.M.B., 1988, p. 989 et obs. DAL, A., "Les nouvelles orientations du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois et des décrets", pp. 995 à 997; C.E., arrêt S.A. Carrières et scieries Depaue, n° 32.561, 12 mai 1989. La motivation de la dernière espèce est éloquent: "qu'ainsi dans l'exacte mesure où la loi spéciale a implicitement modifié la loi du 22 juillet 1974, le libellé de celle-ci n'existe plus qu'à l'état d'expression et non à l'état de norme juridique; que pour être dénuée par là de portée juridique, une telle expression ne saurait, par rapport à la Constitution ou à la loi spéciale, constituer à proprement parler une 'violation par une loi'; qu'aucune règle n'impose de faire une question préjudicielle en cas de non-conformité d'une apparence de loi à la loi spéciale; (...)"

⁹¹ Voy. notamment C.A., arrêt n° 790, 25 janvier 1990. Comp. C.A., arrêt n° 87/94, 7 décembre 1994.

⁹² C.E., arrêt de Nicolay, n° 42.615, 20 avril 1993 (id.).

trafic attaqué, ne lui paraît pas en l'état "suffisamment sérieux".⁹⁶

Un autre courant de jurisprudence est plus radical vis-à-vis de l'article 26 de la loi spéciale. Selon ce courant, le renvoi préjudiciel est purement et simplement incompatible avec la procédure de suspension pourtant organisée par une loi ordinaire.⁹⁷ Le Conseil d'Etat ignore dans ce cas le mécanisme préjudiciel et la loi spéciale qui l'organise. Parfois, il substitue purement et simplement son appréciation à celle réservée à la Cour d'arbitrage et attend de voir la solution qui sera donnée au problème de constitutionnalité dans le cadre de la procédure au fond. Cette attitude peut être rangée parmi les nombreuses violations de l'obligation de renvoi dont le Conseil d'Etat est l'auteur. En plus d'être flagrantes, elles sont volontaires. Il y a d'abord les boutades: le Conseil d'Etat se prévaut du défaut d'obligation d'interroger la Cour d'arbitrage à propos de normes autres que législatives, ou alors il fait jouer la dispense de renvoi pour irrecevabilité; mais avant cela, il relativise clairement son obligation par quelques phrases assassines.⁹⁸ Il y a toutefois pire. Dans certains cas, le Conseil d'Etat a l'occasion de trancher dans la légalité, mais il préfère utiliser une dispense pourtant prohibée à son égard.⁹⁹ Ce qu'il fait par ailleurs à de nombreuses reprises, même lorsqu'il n'a pas le choix, avec toutefois quelques soubresauts légalistes.¹⁰⁰ A cet endroit précis s'est développée une jurisprudence prétorienne incitée par la doctrine,¹⁰¹ calquée sur celle de la Cour européenne de justice et fondée sur l'essence même de la question préjudicielle, comme si le mécanisme existait à l'état de droit naturel, indépendamment du texte qui l'instaure. Sous peine de dénaturer la notion même de question préjudicielle, les questions doivent être pertinentes pour l'examen des moyens dont le Conseil d'Etat

est saisi.¹⁰² L'interprétation viole manifestement le texte de l'article 26, § 2 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage. Au même titre d'ailleurs que les arrêts dans lesquels le Conseil d'Etat considère une discrimination comme étant inexistante, voire imaginaire, ou donne à la disposition législative qu'elle une interprétation conforme à la Constitution.¹⁰³ De manière plus insidieuse encore, le Conseil d'Etat estime parfois qu'il n'y a pas lieu de poser à la Cour d'arbitrage une question sollicitée parce qu'elle "repose sur une hypothèse inexacte".¹⁰⁴ Dans tous ces cas, le juge administratif empêche sur les attributions de la cour constitutionnelle car il "répond lui-même aux questions préjudicielles" sollicitées,¹⁰⁵ y compris lorsque la jurisprudence de la Cour d'arbitrage est citée à l'appui de sa réponse. Pourtant, le Conseil d'Etat a considéré lui-même qu'il n'est pas porté atteinte au monopole de la Cour d'arbitrage lorsque le Conseil d'Etat ne répond pas lui-même à la question préjudicielle à laquelle la Cour d'arbitrage seule peut répondre, mais s'abstient de la lui poser.¹⁰⁶ En viendrait-il à prétendre que seul le constat d'une violation positive lui serait prohibé? Tel est cependant l'objet limité de la quatrième dispense dont ne peuvent se prévaloir que les juridictions ne statuant pas en dernier ressort.¹⁰⁷

Il faut aussi faire état d'une jurisprudence insolite. Alors qu'il évite par tous les moyens de poser les questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage, le Conseil d'Etat paraît soucieux d'éviter que des juridictions de degré inférieur – dont il ne connaît pas forcément les décisions au contentieux de la cassation administrative – ne fassent valoir des dépenses qui leur sont pourtant reconnues. Au contentieux de la suspension, en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, le Conseil d'Etat considère ainsi "qu'une bonne administration de la justice requiert que l'exécution de la décision

contestée soit suspendue à titre conservatoire; qu'en effet, le Conseil d'Etat doit poser la question préjudicielle, alors que le juge de paix également saisi de l'affaire n'y est pas tenu; que, dans l'hypothèse où l'arrêt que rendra la Cour d'arbitrage conclurait à la violation des articles 6 et 6bis (10 et 11) de la Constitution et où le juge de paix se serait prononcé entre-temps sur l'expropriation et aurait accueilli la demande, le transfert de propriété ainsi ordonné serait irréversible, le Conseil d'Etat n'en demeurerait pas moins saisi et devrait suspendre l'arrêt attaqué, s'il constatait que les conditions auxquelles est subordonnée la suspension, sont remplies".¹⁰⁸

Finalement, ayant la Cour de cassation, le Conseil d'Etat a considéré n'y avoir lieu de poser une question préjudicielle à défaut d'indications indispensables pour permettre de la formuler. L'arrêt doit toutefois être lu avec maintes précautions compte tenu de son contexte particulier.¹⁰⁹

C. Le motif avancé dans l'espèce annotée

15. L'arrêt annoté de la Cour de cassation. Dans l'arrêt annoté, la Cour de cassation semble rejoindre le Conseil d'Etat dans sa jurisprudence relative aux normes soumises à renvoi. Elle opère un détour – ou plutôt un retour – aux sources du mécanisme préjudiciel. De la sorte, la Cour paraît ne pas succomber à la tentation de répondre elle-même à la question posée.¹¹⁰ Elle avance un argument qui, compte tenu du contexte de l'affaire, devait être dirimant.

15.1. Le raisonnement. La Cour procède en deux temps. Elle résume d'abord les questions posées par les coprévenus de Guy Coëme de manière à amorcer son raisonnement. Ensuite, la Cour conclut: "A supposer que la privation de la possibilité de se défendre devant les juridictions d'instruction, et la privation d'un double degré de juridiction, ainsi que d'un recours en cassation constituent une violation des articles 10 et 11 de la Constitution, ceux-ci seraient violés, non par les articles visés dans les conclusions, mais par l'article 103 de la Constitution, conférant compétence à la Cour

de cassation pour juger les ministres dans les conditions que cette disposition constitutionnelle détermine". Les articles visés dans toutes les conclusions confondues, sont les articles 226, 227, 307, 479, 501, alinéa 2, 526 et 540 du Code d'instruction criminelle ainsi que les articles 30, 31, 566, 753, 856, 1053, 1084 et 1135 du Code judiciaire.¹¹¹ Toutes ces dispositions sont donc concernées par le renvoi préjudiciel organisé à l'article 26 de la loi spéciale. La Cour ne s'en cache absolument pas.¹¹² Alors que les demandes de renvoi telles que formulées par les coprévenus rentrent bel et bien dans le champ d'application de l'article 26, la (re)qualification opérée par la Cour a pour effet de les en faire sortir, à tort ou à raison.

15.2. La condition de validité du raisonnement. Le raisonnement tenu par la Cour est évidemment correct au plan juridique. Il repose toutefois sur un présupposé entièrement remis à son appréciation souveraine: la réalité de l'établissement par l'article 103 de la Constitution de la discrimination alléguée. La validité du raisonnement dépend donc de la valeur reconnue à cette appréciation. La question requiert l'interprétation de l'article 103 de la Constitution, ce qui n'est pas une compétence exclusive de la Cour d'arbitrage à la différence du contrôle de validité.¹¹³

15.3. Appréciation. Au plan sociologique, sans doute les juristes et les non-juristes se rejoignent-ils "pour déplorer que sept prévenus, aujourd'hui condamnés, soient privés du droit élémentaire d'interjeter appel tandis que la Constitution ne les distingue en rien. C'est ce qui peut sembler heurter de front la notion de Justice".¹¹⁴

Formulée en termes juridiques, la critique relève que l'arrêt mentionne l'article 103 de la Constitution en tant qu'il confère compétence à la Cour de cassation pour juger les ministres dans les conditions que cette disposition constitutionnelle détermine. Or, les prévenus ayant sollicité une question préjudicielle ne sont pas des ministres. Le seul à présenter cette qualité au moment des faits n'a pas demandé l'intervention de la Cour d'arbitrage sur ce point.¹¹⁵ Quant aux con-

⁹⁶ Voy. ANDERSEN, R., NIHOUL, P. et DEPRÉ, S., *op. cit.*, 1995, p. 172, note 3 dont suite p. 173.

⁹⁷ Voy. la jurisprudence citée par LAGASSE, D., *op. cit.*, J.T., 1991, pp. 676 à 679 et 1994, p. 678; ANDERSEN, R., NIHOUL, P. et DEPRÉ, S., *op. cit.*, 1995, pp. 171 et surtout 172. Pour un arrêt significatif, voy. C.E., arrêt Louwyck et Vanoverschelde, n° 41.478, 22 décembre 1992. La question pourrait évidemment être liée au droit du justiciable à ce que sa cause soit entendue par le juge dans un délai raisonnable (art. 6, § 1er de la Convention européenne des droits de l'homme). Il convient toutefois de s'en prévaloir expressément, le cas échéant, ce que le Conseil d'Etat n'a fait que quelques fois. Voy. *supra*, note 57.

⁹⁸ Voy. notamment *supra*, fin de la note 95.

⁹⁹ Plusieurs exemples existent parmi lesquels deux sont épinglés. Dans un arrêt Schulz et Collinet, n° 39.995 du 8 juillet 1992, le Conseil d'Etat estime que la question n'est pas déterminante pour la solution du litige, en violation du § 2, al. 3, 2° de l'art. 26 de la loi spéciale. Pourtant, toujours selon la haute juridiction, la question a été formulée en ordre subsidiaire dans un acte non prévu par le règlement de procédure. La juridiction administrative aurait pu mettre à profit la maladresse commise par les requérants. Dans un arrêt De Saedeleer, n° 40.276 du 9 septembre 1992, le Conseil d'Etat conclut à l'incompatibilité de la question avec l'urgence de la procédure alors que la demande de suspension est jugée irrecevable en tant qu'elle concerne un acte qui ne relève pas de la compétence du Conseil d'Etat (le refus de délivrance d'un diplôme).

¹⁰⁰ L'examen approfondi de ces débordements a été réalisé par ANDERSEN, R., NIHOUL, P. et DEPRÉ, S., *op. cit.*, 1995, pp. 167 à 173. En guise de soubresaut, les auteurs citent, en page 167, l'arrêt a.s.b.l. Association des femmes au foyer n° 41.160 du 25 novembre 1992. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat a refusé de se prévaloir de la première dispense de l'art. 26, § 2, al. 3 de la loi spéciale alors que la Cour d'arbitrage avait déjà annulé une disposition semblable. Il a posé une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage. La solution s'est avérée heureuse par la suite car la violation alléguée a donné lieu en 1993 à un arrêt de rejet par la Cour d'arbitrage du recours en annulation introduit. Le Conseil d'Etat se laisserait-il guider dans l'appréciation de son obligation de renvoi par les recours en annulation introduits contre les normes qu'il doit appliquer dans les litiges dont il est saisi? L'argument est au contraire parfois utilisé pour se dispenser de renvoi tout en suspendant l'acte attaqué (ANDERSEN, R., NIHOUL, P. et DEPRÉ, S., *op. cit.*, 1995, p. 168 et note 3).

¹⁰¹ Voy. *supra*, n° 11.

¹⁰² ANDERSEN, R., NIHOUL, P. et DEPRÉ, S., *op. cit.*, 1995, p. 169.

¹⁰³ ANDERSEN, R., NIHOUL, P. et DEPRÉ, S., *op. cit.*, 1995, p. 171.

¹⁰⁴ Le cas le plus notable est certainement l'arrêt Van Der Stichelen, n° 55.977, 23 octobre 1995, précité à la note 6 avec la note de LAGASSE, D.

¹⁰⁵ LAGASSE, D., *op. cit.*, J.T., 1996, p. 158.

¹⁰⁶ C.E., arrêt De Ridder, n° 34.348, 13 mars 1990, précité à la note 58.

¹⁰⁷ SAROT, J., PEREMANS, E. et VANDERNOOT, P., *La jurisprudence de la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 103 et note 1.

¹⁰⁸ C.E., arrêt S.A. Compagnie d'entreprises C.F.E., n° 38.681, 6 février 1992.

¹⁰⁹ C.E., arrêt Frimpong, n° 39.758, 19 juin 1992. D'abord, le Conseil d'Etat finit par refuser le renvoi pour incompatibilité avec la procédure d'extrême urgence du référé administratif. Ensuite, la demande de question préjudicielle est déduite d'une illégalité particulièrement vague alléguée à l'encontre "des textes dont l'application est actuellement invoquée". Fallait-il pour autant s'arroger le pouvoir de déclarer la demande comme étant "purement dilatoire"? Pour la critique de l'argument, voy. *supra*, n° 13 à propos de la jurisprudence de la Cour de cassation. Compte tenu des spécificités de la procédure et du caractère objectif du contentieux qui lui est imparti, il semble nettement plus difficile au Conseil d'Etat qu'à la Cour de cassation de refuser le renvoi en se prévalant du défaut d'indications indispensables pour permettre de formuler la question préjudicielle.

¹¹⁰ La Cour ne situe donc pas le débat sur le fond de la question, à savoir la constitutionnalité ou en l'espèce la discrimination. La question est volontairement écartée comme pour la rédaction des observations.

¹¹¹ En outre, le prévenu Stalport se prévaut de la violation combinée des art. 10 et 11 de la Constitution avec les art. 12, 13 et 147 de celle-ci.

¹¹² La solution s'impose à s'en tenir à la discrimination invoquée par les prévenus, telle que résumée par la Cour: "(...) les art. 226 et 227 du Code d'instruction criminelle, en tant qu'ils ont pour effet de déferer à la Cour de cassation statuant au fond le jugement d'un prévenu qui n'a pas la qualité d'un ministre, violent(-ils) les art. 10 et 11 de la Constitution".

¹¹³ La compétence dont jouit toute juridiction d'interpréter une disposition législative est toutefois limitée dès que cette interprétation est liée aux questions réservées à la Cour d'arbitrage. Voy. GILLET, E., *op. cit.*, 1985, p. 76.

¹¹⁴ TOUSSAINT, Ph., "L'arrêt INUSOP: le droit et la Justice", *Journal des procès*, 1996, p. 6.

¹¹⁵ Cela n'avait d'ailleurs pas de sens puisque, dans son cas, la "discrimination" est établie par la Constitution. Du reste, si le traitement différencié avait été établi par le biais d'une loi, son objectif aurait certainement été considéré comme étant légitime par la Cour d'arbitrage. Celle-ci s'est en effet déjà prononcée dans ce sens à propos du privilège de juridiction établi pour les magistrats et certains hauts fonctionnaires auteurs d'infractions par les art. 479 et suivants du Code d'instruction criminelle: C.A., arrêt n° 66/94, 14 juillet 1994, B.2.

ditions que l'article 103 détermine, elles ne font nulle part allusion aux règles de connexité. La seule référence à des lois existantes concerne uniquement "les cas visés par les lois pénales" et l'"application des peines qu'elles prévoient".

La première objection trouve un appui particulier dans l'article 147, alinéa 2 de la Constitution. La disposition constitutionnelle interdit à la Cour de cassation de connaître du fond des affaires, "sauf le jugement des ministres et des membres des Gouvernements de communauté et de région". L'exception, en ce qu'elle déroge à un principe clairement établi, ne peut évidemment pas être interprétée dans un sens large et s'étendre à d'autres personnes que les ministres. Une loi, même établie en vertu de la Constitution, ne peut pas y contribuer. Seule la Constitution peut le faire, pourvu qu'elle le fasse clairement.¹¹⁶

La Cour de cassation pense avoir rencontré la deuxième objection. Selon elle, "en donnant à la Cour le pouvoir de juger les ministres "dans les cas visés par les lois pénales", le Constituant s'est référé nécessairement, quant au mode de procéder, à celui qui est prévu par le législateur pour ces cas, à savoir au Code d'instruction criminelle, pour autant qu'il soit compatible avec les dispositions réglant la procédure devant la Cour de cassation siégeant chambres réunies". La position de la Cour est étonnante. D'une part, il vient d'être rappelé que le prescrit de la disposition transitoire de l'article 103 de la Constitution concerne exclusivement le jugement d'un ministre. La procédure à laquelle il aurait été fait référence par les termes "dans les cas visés par les lois pénales" ne peut évidemment pas avoir pour effet de rendre la Cour de cassation subitement compétente pour juger d'autres personnes que les ministres. D'autre part, la disposition transitoire confère un pouvoir discrétionnaire à la Cour de cassation qu'elle limite expressément par deux éléments: la Cour ne peut juger que dans les cas visés par les lois pénales et par application des peines qu'elles prévoient. La procédure pénale n'est pas mentionnée dans la disposition. L'application des lois pénales ne semble donc pas commandée par l'article 103 de la Constitution en ce qui concerne la procédure ou le "mode de procéder". Elle résulte d'un choix fait par la Cour de cassation, choix que la doctrine avait d'ailleurs anticipé.¹¹⁷ Plusieurs éléments confortent ce point de vue.

D'abord, quelques "attendu que" plus haut, la Cour précise, en réponse à un moyen invoqué par les prévenus, la portée de la modification apportée le 5 mai 1993 au pouvoir dont elle use. Selon la Cour, cette portée est strictement limitée. Elle concerne *uniquement* le retrait à la Cour de la compétence qui lui était attribuée par l'article 134 ancien de la

Constitution, de qualifier elle-même le délit et de déterminer la peine, afin de mettre les dispositions constitutionnelles en conformité avec celles des traités.¹¹⁸ La Cour se contredirait-elle à quelques lignes d'intervalle, dans le même arrêt, en recourant, selon les besoins, à une interprétation stricte ou large des mêmes dispositions? En toute hypothèse, si référence *implicite* à une manière de procéder il y a réellement, dans les limites précisées au paragraphe précédent, elle procède plus du terme "juger" que de ceux "dans les cas visés par les lois pénales".

Ensuite, la formulation implicite donnée par la Cour à l'article 103 ne résiste pas à l'article 12 de la Constitution dont l'alinéa 2 mentionne expressément que "Nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi, et dans la forme qu'elle prescrit". Seule une disposition expresse est de nature à modaliser ce droit proclamé, notamment dans le chef des coprévenus du ministre, fût-ce dans une loi prise en vertu de l'article 12 de la Constitution, mais susceptible alors d'être contrôlée par la Cour d'arbitrage. La Cour a expressément précisé, à propos des règles de connexité, que "les dispositions des articles 226 et 227 du Code d'instruction criminelle ne sont pas l'expression d'un principe général du droit, mais constituent une règle qui est commune et applicable à toute procédure pénale".¹¹⁹ Ces règles ne procèdent donc pas de l'article 103 de la Constitution mais bien de son article 12. Non pas que le contenu normatif de ces règles y soit directement fixé, ce qui aurait permis à la Cour d'éviter le renvoi préjudiciel sur la base du même raisonnement, mais en invoquant une autre disposition constitutionnelle. Les règles de connexité sont établies par les articles cités du Code d'instruction criminelle, en vertu de l'article 12 de la Constitution. Elles constituent des normes législatives formellement soumises au contrôle de la Cour d'arbitrage que l'article 103 de la Constitution n'a pas pour effet d'éluder.

Troisième élément. La Constitution elle-même ne contient aucune indication particulière quant au mode de procéder dans le cadre de l'article 103. A supposer même qu'elle ait fait référence au Code d'instruction criminelle ou que celui-ci ait été adopté en vertu de l'article 12, alinéa 2 de la Constitution, la simple référence à une norme législative n'a évidemment pas pour effet d'en modifier la valeur légale et d'élever le code à un rang supérieur dans la hiérarchie des normes. Or, le respect dû à la Constitution, y compris par les règles légales de connexité, se cristallise principalement à l'endroit des principes d'égalité et de non-discrimination. Les juridictions comme le législateur lui-même, s'il avait par exemple exécuté l'article 103 de la Constitution, y sont tenus.¹²⁰ Seul le

Constituant aurait pu y déroger¹²¹ sans contrôle interne basé sur le principe d'égalité. Telle est une des conséquences de la constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale. Il s'agit de respecter les pouvoirs attribués par le Constituant aux autorités chargées de légiférer et d'en contrôler l'application. Pour paraphraser P. MARTENS, "Si l'état des procédures est tel que les recours permis sont disparates et incertains on peut attendre du législateur qu'il les rende cohérents et qu'il restitue son autonomie à la procédure pénale. Mais on ne peut prendre prétexte des lacunes du droit positif pour les importer dans le droit constitutionnel".¹²² En l'espèce, le législateur n'a manifestement pas dérogé au principe d'égalité en ce qui concerne les coprévenus d'un ministre. La formulation contradictoire du motif avancé par la Cour est d'ailleurs significative à cet égard. La discrimination dont se prévalent les coprévenus serait le fait de l'article 103 de la Constitution qui confère "compétence à la Cour de cassation pour juger les ministres dans les conditions que cette disposition constitutionnelle détermine". A aucun moment il ne s'agit de juger les coprévenus d'un ministre. Les règles de connexité sont seulement appliquées à l'occasion du procès d'un ministre, dont la Cour de cassation connaît sur la base de l'article 103 de la Constitution. Il est ainsi piquant de constater que l'argument choisi par la Cour pour éviter le renvoi préjudiciel obligatoire peut lui être retourné dans des termes identiques. Le champ d'application de l'article 26 de la loi spéciale est effectivement limité à certaines questions, pourvu notamment qu'elles visent des normes législatives. L'argument avancé par la Cour n'est toutefois pas valide dès lors que le champ d'application de la disposition transitoire de l'article 103 de la Constitution est également restreint au jugement des seuls ministres.

Finalement, le choix opéré par la Cour relève du bon sens et permet de juger dans la "légalité".¹²³ Sur ce point, la Cour relève très correctement qu'en l'absence d'une loi prévue par l'article 103 de la Constitution et en présence d'une disposition transitoire lui conférant un "pouvoir discrétionnaire", la

Cour n'est pas pour autant livrée à l'arbitraire. Elle a l'obligation de respecter plusieurs dispositions internationales parce que, comme leur désignation l'indique, elles sont d'application directe dans l'ordre juridique interne.¹²⁴ En aval de ce constat, la Cour applique le Code d'instruction criminelle, non parce que la Constitution l'y invite, mais notamment parce que ces règles *existantes* "garantissent le plein exercice des droits de la défense et un procès équitable". La Cour n'avait en réalité guère le choix.

En somme, les règles de connexité, à la source de la discrimination soulevée, procèdent en réalité des articles 226 et 227 du Code d'instruction criminelle et non de l'article 103 de la Constitution. A cet égard, la Cour se contredit d'ailleurs lorsqu'elle affirme que l'article 103 de la Constitution impose l'application de règles qu'il a fallu "reconnaître"¹²⁵ au préalable. L'opération fait penser à l'étape incontournable, inhérente à la fonction de juger, qui consiste à déterminer la loi *sensu largo* applicable au cas d'espèce. Une fois déterminée, si la norme est une loi *sensu stricto*, un décret ou une ordonnance, sa constitutionnalité peut ou doit être vérifiée par le mécanisme de la question préjudicielle, dans les conditions que détermine la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage, c'est-à-dire sans que la juridiction de renvoi puisse exercer un pouvoir d'appréciation plus large que celui qui lui est reconnu.¹²⁶ Le domaine de l'évidence doit régner en dehors des dispenses de renvoi limitativement énumérées par la loi spéciale. De même que "le juge qui a ordonné le renvoi ne peut (évidemment) lui-même contrôler la norme à appliquer au regard des règles visées à l'article 26 de la loi spéciale",¹²⁷ à peine d'ôter toute utilité au mécanisme de la question préjudicielle, la juridiction statuant en dernier ressort commet un excès de pouvoir en contournant l'obligation de renvoi sous prétexte que l'origine pourtant claire d'un prescrit normatif se situe dans une norme autre que législative. Le moindre doute doit profiter au justiciable – en l'espèce des "accusés" – à qui le législateur spécial a voulu garantir l'interven-

(min) ou question préjudicielle. Or, le droit constitutionnel "oblige à regarder comme des valeurs 'surplombantes' celles que le Constituant tient pour fondamentales, n'autorisant à s'en écarter que dans la mesure qu'il indique et dans la forme qu'il prescrit. L'apport du droit constitutionnel au droit pénal, ce par quoi il dérange mais ensuite ordonne celui-ci, c'est qu'il impose de le concevoir dans le respect de la hiérarchie des normes" (p. 727, n° 9). Sur le thème, le renvoi à la thèse de VERDUSSEN, M. s'impose: *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1995.

¹²¹ MARTENS, P., *op. cit.*, J.L.M.B., 1996, p. 731, n° 17.

¹²² MARTENS, P., *op. cit.*, J.L.M.B., 1996, n° 19, p. 733.

¹²³ "En appliquant les règles existantes, la Cour ne fait pas oeuvre de législateur". Et le choix de règles légales, accessibles et prévisibles garantit le plein exercice des droits de la défense et un procès équitable (point I, A). Dans le même sens: SOHIER, J. et TULKENS, F., "L'affaire INUSOP. Palliatifs jurisprudentiels à l'incurie séculaire du législateur", *Journal des procès*, 1996, n° 3, pp. 28 et 29.

¹²⁴ Les "dispositions d'application directe dans l'ordre juridique interne" citées sont celles contenues dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

¹²⁵ Le terme est utilisé comme tel par la Cour de cassation. Selon elle, le pouvoir discrétionnaire prévu par la disposition transitoire de l'art. 103 de la Constitution pour juger les ministres "oblige la Cour à reconnaître les normes suivant lesquelles elle doit procéder" et à "se conformer quant au mode de procéder, aux dispositions d'application directe dans l'ordre juridique interne, (...), à la Constitution, aux règles du Code judiciaire, aux dispositions communes applicables à toutes les procédures pénales et aux principes généraux du droit" (point I, A). Si la Cour de cassation n'a pas fait "oeuvre de législateur", l'arrêt ne peut pas être considéré comme étant lui-même à la source de la discrimination. Le mécanisme préjudiciel n'aurait plus aucun sens car le motif permettrait d'éluder toute obligation de renvoi chaque fois que le juge détermine une règle de droit applicable à l'espèce dont il est saisi. Il arrive que le juge de renvoi "se trompe" de règle applicable. Lorsque "l'erreur" est commise par un juge de degré inférieur, les juges d'appel et, en dernier recours, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat sont là pour la rectifier, le cas échéant. Mais lorsqu'une juridiction statue en dernier ressort, les parties ne disposent d'aucune voie de recours, c'est-à-dire en réalité d'aucun secours. Tel est évidemment le cas en l'espèce.

¹²⁶ Le pouvoir discrétionnaire de la Cour de cassation ne peut pas déroger sur ce point puisqu'il est limité au jugement des ministres. La Cour entend par ailleurs "se soumettre" à la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage puisqu'elle argumente son refus de renvoi sur la base de son article 26.

¹²⁷ SUETENS, L.-P. et LEYSSEN, R., *op. cit.*, 1993, p. 62.

¹¹⁶ La question préjudicielle demandée par le prévenu Stalport combinait les art. 10 et 11 de la Constitution, socle de la compétence soulevée de la Cour d'arbitrage, avec les art. 12, 13 et 147 de la Constitution. Toutefois, les art. 12 et 13 s'en remettent entièrement à la loi. Leur portée est donc limitée à la complémentarité: ils confortent l'analyse une fois établie l'irrélevance de l'art. 103 de la Constitution à fonder la compétence de la Cour de cassation à juger au fond d'autres personnes que les ministres.

¹¹⁷ Voy. sur ce point la contribution de Vuyve, H. publiée dans le même numéro de la revue.

¹¹⁸ Point I, A.

¹¹⁹ Point I, B. Dans le même sens: Cass. (1^{re} ch.), 19 décembre 1980, *Pas.*, 1981, I, 453; Cass. (2^e ch.), 4 juin 1995, *Pas.*, 1986, I, 1215.

¹²⁰ Les exigences constitutionnelles en droit pénal ont été évoquées par MARTENS, P. dans des observations formulées sous le titre "Détection et Constitution", sous C.E., arrêt asbl Ligue des droits de l'homme et asbl Syndicat des avocats pour la démocratie, n° 58.310, 21 février 1996 et civ. Liège (réf.), 12 février 1996, J.L.M.B., pp. 721 à 733, surtout pp. 727 et 728, n° 9 à 11. Le droit pénal est avant tout structuré autour de la liberté individuelle dont le siège figure à l'art. 12 de la Constitution. Inévitablement, il est aussi articulé autour des principes d'égalité et de non discrimination dont le respect effectif, y compris par le législateur, en les combinant éventuellement avec l'art. 12 de la Constitution, est garanti par le contrôle organisé et exclusif opéré par la Cour d'arbitrage sur recours en annulation

tion de la Cour d'arbitrage à un moment donné de la procédure.

15.4. La critique doit être constructive. Le propos n'est pas de considérer la discrimination comme étant établie ou non. Sans doute le traitement différencié consécutif à l'application des règles de connexité – à supposer qu'il soit établi¹²⁸ – peut-il être considéré comme poursuivant un objectif légitime.¹²⁹ L'observateur extérieur reste toutefois sur sa faim. La Cour d'arbitrage n'a pas été saisie de la question. Celle-ci reste donc sans réponse, à moins d'une saisine ultérieure ayant le même objet. Devrait-on dire qu'elle reste sans réponse légitime? Car, somme toute, la Cour de cassation n'in-

duit-elle pas de la sorte une appréciation personnelle au fond qu'elle substitue à celle pourtant réservée à la Cour d'arbitrage? La Cour de cassation s'en est bien entendu défendue. En témoigne la formulation du motif de refus: "à supposer que (...) constitue une violation des articles 10 et 11 de la Constitution, ceux-ci seraient violés, non par (...), mais par (...)" . Peut-il être soutenu que la localisation d'une discrimination soulevée relève déjà de l'appréciation au fond et échappe de la sorte à l'examen de recevabilité impartit au juge de renvoi?¹³⁰

Il n'y a pas à dire, le procès I.N.U.S.O.P. "met mal à l'aise" et "gêne aux entourmures",¹³¹ également en droit. Il y a bien entendu le "changement de clientèle pénale des juri-

¹²⁸ Les règles de connexité procèdent en effet de l'art. 12 de la Constitution et du Code d'instruction criminelle plutôt que de l'art. 103 de la Constitution. La règle est donc identique pour tous, ce qui fait d'ailleurs écrire SOHIER, J. et TULKENS, F. que "les art. 226 et 227 du Code d'instruction criminelle ne semblent pas en soi discriminatoires" (*op. cit.*, *Journal des procès*, 1996, n° 5, p. 30). Contrairement à ce qu'indiquent ensuite les auteurs, la discrimination ne semble toutefois pas provenir de la combinaison des deux dispositions avec l'art. 103 de la Constitution. Si tel était le cas, la Cour d'arbitrage ne serait du reste pas compétente pour exercer sur eux un contrôle de validité eu égard aux art. 10 et 11 de la Constitution. Une telle formulation reviendrait en effet à prétendre, à l'instar de la Cour de cassation, que c'est la disposition constitutionnelle qui établit un traitement différencié. Or, tel n'est pas l'objet de l'art. 103 de la Constitution, à tout le moins en ce qui concerne les coprévenus d'un ministre. Même s'agissant des seuls ministres, la disposition ne mentionne pas expressément la manière de procéder. Afin d'éviter les confusions, il ne paraît donc pas souhaitable de lier les règles de connexité à l'art. 103 de la Constitution. La question préjudicielle doit uniquement mentionner les normes contrôlées, c'est-à-dire celles qui sont à la source de la discrimination (les art. 226 et 227 du Code d'instruction criminelle) ainsi que les normes de référence (les art. 10 et 11 de la Constitution combinés, le cas échéant, avec l'art. 12 de la Constitution). L'art. 103 de la Constitution peut éventuellement être évoqué, mais uniquement en qualité d'"article pertinent", au moment d'expliquer l'effet discriminatoire des dispositions législatives, c'est-à-dire, en des termes plus simples, dans la partie de la question qui commence par "en ce que". Ou, pour prendre une expression utilisée par la Cour de cassation, sous les termes "lu dans le contexte de" (Cass. (28 ch.), 21 septembre 1993, *précité*). De son côté, la Cour d'arbitrage peut éventuellement justifier le traitement différencié par l'objectif légitime poursuivi à partir de l'art. 103 de la Constitution. Le principe même de la discrimination en est cependant étranger et consiste dans la perte, en termes absolus, de garanties procédurales du droit pénal général. Il trouve sa source dans des règles formellement soumises au contrôle de la Cour d'arbitrage dont l'application dans un cas particulier révèle le caractère discriminatoire. Tel est précisément l'objectif poursuivi par le contrôle concret de constitutionnalité auquel donne lieu la question préjudicielle. Ce qui explique aussi que le caractère éventuellement discriminatoire des articles cités puisse être "mesuré" par la Cour d'arbitrage à l'application concrète dans sa réponse.

J. SOHIER et F. TULKENS font valoir à l'appui d'un contrôle combiné que la Cour d'arbitrage a déjà été saisie de questions préjudicielles portant sur des discriminations qu'entraînerait la combinaison de deux dispositions dont aucune prise individuellement n'est critiquable (*op. cit.*, *Journal des procès*, 1996, n° 5, p. 30). Ils mentionnent à cet égard l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 33/94 du 26 avril 1994, relatif à la question préjudicielle portant sur les art. 415, al. 2 et 610 du Code judiciaire et l'art. 14, al. 1er des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat. L'exemple choisi appelle deux remarques. La première est qu'aucune des dispositions visées par la question n'est de nature constitutionnelle. Sauf erreur, il semble même que jamais une disposition constitutionnelle "discriminatoire" n'ait figuré parmi les articles combinés effectivement contrôlés par la Cour d'arbitrage à titre préjudiciel. Dans pareil cas, la Cour prendrait au contraire soin de localiser la discrimination dans la norme constitutionnelle avant de se déclarer incompétente. Tout au plus plusieurs dispositions constitutionnelles sont parfois combinées à l'endroit des règles de référence. Il importe sur ce point de ne pas mélanger les genres. Deuxième remarque: la réponse donnée par la Cour d'arbitrage dans l'espèce citée confirme l'analyse exposée ci-dessus. La Cour recherche la source véritable d'une éventuelle discrimination et formule sa réponse en fonction. La question relevante visait les art. 415, al. 2 et 610 du Code judiciaire ainsi que l'art. 14, al. 1er des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat: violent-ils les art. 10 et 11 de la Constitution "dans la mesure où lesdits articles n'offrent pas au greffier, à qui le procureur général près la Cour d'appel a infligé la peine disciplinaire de l'avertissement ou de la censure, la possibilité d'introduire contre celle-ci un recours en annulation devant le Conseil d'Etat, alors que la plupart des autres fonctionnaires publics ont, eux, cette faculté?" (B.1.; idla). La Cour dit pour droit que "les art. 415, al. 2, et 610 du Code judiciaire, combinés avec l'art. 1088 du Code judiciaire, interprétés en ce sens que seul le procureur général près la Cour de cassation peut, sur les instructions du ministre de la justice, introduire auprès de la Cour de cassation une demande en annulation d'une décision d'un procureur général près la Cour d'appel infligeant la peine disciplinaire de l'avertissement ou de la censure à un greffier du tribunal de commerce, violent les art. 10 et 11 de la Constitution" (dispositif; idla). La Cour combine donc effectivement plusieurs articles mais sélectionne ceux qui, selon elle, sont à la source de la discrimination. L'art. 14, al. 1er des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat n'est plus mentionné à ce stade alors que l'élément déterminant pour la Cour aura été que "dans cette interprétation, le greffier ne peut saisir le Conseil d'Etat, d'une part, et n'a pas, d'autre part, qualité pour saisir la Cour de cassation. Il se voit donc privé de la protection juridique accordée à d'autres fonctionnaires sans que les différences constatées (...) puissent justifier une telle inégalité" (B.6.1.; idla). Selon la Cour, la discrimination procède donc bien des art. 610 et 1088 du Code judiciaire, même si la Cour n'a pas pu examiner le point de savoir si l'art. 608 du Code judiciaire, non indiqué dans la question, et l'art. 14 précité violent ou non les art. 10 et 11 de la Constitution "en ce qu'ils ne permettraient pas au greffier averti ou censuré par le procureur général d'introduire un recours en annulation devant le Conseil d'Etat, cette question n'étant pas posée par le juge *a quo*" (B.6.3.; idla). De ce qui a pu être jugé, il ressort à suffisance que l'art. 14 précité ne prive pas comme tel de recours le greffier averti ou censuré, à l'image de l'art. 103 de la Constitution expressément limité au jugement des seuls ministres.

¹²⁹ Sur ce point, voy. l'examen auquel se sont livrés SOHIER, J. et TULKENS, F., *op. cit.*, *Journal des procès*, 1996, n° 6 et 7, pp. 30 et 31.

¹³⁰ Voy. *infra*, n° 16.

¹³¹ TOUSSAINT, Ph., *op. cit.*, p. 6; CASSIUS, "L'affaire I.N.U.S.O.P. devant la Cour de cassation: l'ambiance des grands jours", *J.T.*, 1996, p. 470.

dictions répressives",¹³² voire l'amalgame de plusieurs clientèles pourtant bien distinctes. Il y a aussi, à propos du "dénier de renvoi préjudiciel", une impression irrésistible que le contexte général du procès a poussé les juges à travailler "au finish". Il importait d'éviter la question préjudicielle.¹³³ Si la solution avancée est séduisante et déconcerte plus d'un juriste, elle peut s'avérer dangereuse dans l'optique d'une généralisation.

16. Les risques d'abus dans la localisation d'une discrimination. Il est utile de situer l'arrêt annoté dans un contexte à nouveau plus général. Au vu de la jurisprudence exposée *supra*, adoptée par les hautes juridictions, il semblait difficile de prétendre que l'article 26 de la loi spéciale n'autorise pas le juge à apprécier son obligation ou sa dispense de renvoi, en fonction des normes soumises au contrôle de la Cour d'arbitrage. L'arrêt annoté de la Cour de cassation en est une illustration supplémentaire. Il convient à ce stade de constater qu'une telle prérogative risque de légitimer les abus. "L'exemple" donné par la Cour de cassation est-il seulement isolé?

Le risque de dérapages ne provient pas tellement de l'appréciation directe par le juge de renvoi de la nature des normes soumises au contrôle de la Cour ou des règles de référence qui en limitent l'étendue. Les développements qui précèdent indiquent que la simple "lecture" de la question soulevée devrait suffire et permettre de statuer sur ce point.¹³⁴ Une telle conception ignore cependant la réalité du rôle joué par le juge *a quo*. La simple mention dans les conclusions d'une loi, un décret ou une ordonnance applicable, suspectée de violer une règle de référence, ne suffit évidemment pas à lier le juge. Il revient à ce dernier de pressentir la violation ou la discrimination et de formuler la question après avoir assimilé les éléments de la cause et déterminé les règles applicables au litige. Ce rôle est parfois assumé avec l'aide des parties. Il arrive aussi que les parties induisent le juge en erreur ou que

leurs conclusions soient source de confusion. Le juge n'est en tout cas pas "le porte-parole d'une des parties au litige. Mais, invité à se prononcer dans un cas d'espèce, il s'éclaire sur la pertinence constitutionnelle d'arguments juridiques qui, au départ d'une loi, ont été invoqués devant lui".¹³⁵

Idealement, la démarche du juge devrait comporter deux étapes bien distinctes, indépendantes l'une de l'autre. L'identification de la loi applicable au litige devrait précéder la question d'une éventuelle violation des règles constitutionnelles de référence. Ce n'est qu'une fois les règles applicables déterminées que devraient surgir les conflits entre normes, éventuellement soumises au contrôle de la Cour d'arbitrage selon leur seule nature.¹³⁶ La réflexion n'est malheureusement pas aussi cartésienne. En pratique, juger forme un tout, même si le juge prendra soin, dans le libellé définitif du jugement, de respecter les étapes du raisonnement qui s'imposent.¹³⁷ Le juge interprète le texte avant de l'appliquer.¹³⁸ Il l'interprète également pour déterminer s'il est applicable au cas d'espèce. Aussi le danger guette lorsqu'une discussion naît à propos de la norme réellement appliquée au cas d'espèce, comme dans l'arrêt annoté. Le juge de renvoi peut être tenté de prétendre, tout en appliquant le prescrit d'une norme soumise à contrôle, que le contenu de cette norme figure également dans une règle supérieure dans la hiérarchie des normes et échappe de ce fait au contrôle de la Cour d'arbitrage.¹³⁹ A l'évidence, la force de la tentation sera proportionnelle à l'intensité de l'obligation de renvoi ainsi qu'au risque de voir le "préjugé" de constitutionnalité¹⁴⁰ anéanti par la Cour d'arbitrage. En pratique, le refus de renvoi opposé par le juge qui statue en premier et dernier ressort est incontrôlé. Au surplus, la détermination des normes applicables procède de sa seule appréciation.¹⁴¹ Dans ces conditions, il faut avouer que la tentation est grande.

17. Une question de recevabilité ou de fond? Un abus du type que l'on vient de décrire ne peut être décelé, le cas

¹³² *Ibidem*, p. 7.

¹³³ Plusieurs éléments vont dans ce sens. 1. Le procès a mobilisé de nombreux magistrats (19) de la Cour de cassation et tel sera à nouveau le cas dans les "affaires" qui suivent. Il fallait donc éviter tout report conduisant inévitablement à des problèmes d'agenda et au gonflement de l'arriéré judiciaire. Dans de telles conditions, il est compréhensible que les juges aient voulu "faire le forcing". 2. Des moyens similaires à ceux pris dans le cadre du procès I.N.U.S.O.P. seront inévitablement avancés dans les prochaines affaires, *a fortiori* ceux qui ont "fait mouche". La Cour aurait-elle de la sorte fait oeuvre "législative"? 3. Le procès a été fortement médiatisé; le regard du citoyen était braqué sur le palais de justice de Bruxelles; il fallait montrer "l'exemple" et surtout empêcher tout déficit de crédibilité supplémentaire auprès de "l'homme de la rue". 4. Dans un contexte législatif obscur (l'art. 103 de la Constitution n'a jamais été mis en oeuvre par le biais d'une loi), le renvoi à la Cour d'arbitrage aurait sans doute altéré la compétence de la Cour de cassation; elle n'aurait plus eu "les mains libres".

¹³⁴ Ainsi, sous l'empire de la loi organique de 1983, GILLET, E. écrit que: "Le texte de la loi est clair: la juridiction devant laquelle une question de compétence est soulevée est obligée de renvoyer cette question à la Cour d'arbitrage pour la seule raison que la question est soulevée devant elle" (*op. cit.*, 1985, p. 75).

¹³⁵ DELPERÉE, F., "La Cour d'arbitrage et la liberté d'information", *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1987, p. 245.

¹³⁶ Présentée de la sorte, la mission de renvoi paraît évidente. Voy. notamment SALMON, J., *op. cit.*, 1994, p. 387.

¹³⁷ GILLET, E. écrit à ce propos que "le juge doit renvoyer la question à la Cour, dès lors qu'il apparaît de l'ensemble des arguments de recevabilité et de fond qui sont débattus devant lui, que le dispositif de son jugement devra nécessairement s'appuyer sur une motivation tirée de l'application (des règles soumises au contrôle de la Cour d'arbitrage), quel que soit le degré d'évidence de la réponse qui doit être fournie à la question" (*op. cit.*, 1985, p. 72).

¹³⁸ VANDERNOOT, P., *op. cit.*, 1992, n° 19, pp. 374 et 375; DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil*, T. I, 1962, p. 303, n° 208.

¹³⁹ La localisation d'un contenu normatif vers le bas de la hiérarchie des normes semble plus difficile à établir, bien que le Conseil d'Etat ait déjà pratiqué cette "technique" pour justifier son propre contrôle de constitutionnalité sur des normes réglementaires. Voy. *infra*, n° 20.

¹⁴⁰ A comprendre dans un sens positif, comme évoqué *supra*, note 40.

¹⁴¹ Lorsqu'une affaire connaît plusieurs degrés de juridiction, les parties ont en principe plusieurs occasions de discuter l'application de règles au litige et l'éventuelle inconstitutionnalité qui en résulte.

échéant, qu'au cas par cas. Car s'il s'avère exact que la Constitution établit un traitement différencié dans l'un de ses articles et s'en remet à la loi pour en préciser le contenu, la discrimination éventuelle ne peut évidemment pas être censurée.¹⁴² La question est de savoir jusqu'où peut-on remonter dans la hiérarchie des normes pour déterminer de manière raisonnable la source d'une discrimination. A la limite, toutes les lois, tous les décrets et toutes les ordonnances trouvent leur source dans la Constitution, comme tous les articles de la Constitution procèdent au départ de son article 33.¹⁴³ Le seul critère est celui de la cohérence et du bon sens. Il faut que l'article de la Constitution avancé pour échapper au contrôle contienne le principe contesté de manière claire, précise et immédiate.¹⁴⁴ Tel est notamment le cas lorsque la Cour d'arbitrage s'est déjà prononcée en ce sens, y compris dans un arrêt de rejet pour peu qu'il ait été pris sur cette base. En cas de doute, par contre, il s'impose d'interroger la Cour d'arbitrage. S'il ne le fait pas, le juge s'engage nécessairement sur le fond de la discrimination. Il s'écarter de la recevabilité de la question telle que spécifiée à l'article 26 de la loi spéciale.¹⁴⁵ Il cède alors sur le monopole réservé à la Cour d'arbitrage, en exerçant un pouvoir d'appréciation en dehors du litige proprement dit. Il s'engage sur la voie d'un contrôle marginal de constitutionnalité, pourtant expressément prohibé dans le chef des juridictions statuant en dernier ressort, lorsque sont en présence des normes législatives.

La frontière entre la "recevabilité" et le "fond" n'est pas localisable avec précision. La profondeur de l'examen auquel il est procédé n'est pas un critère qui les départage. Un contrôle au cas par cas est d'autant plus nécessaire.¹⁴⁶ A moins de compter sur le contrôle diffus de constitutionnalité et la correction éventuelle par la Cour d'arbitrage, lorsque l'occasion se présente, de la jurisprudence tendancieuse d'une juridiction de renvoi.¹⁴⁷ Il ne semble toutefois pas souhaitable, dans un Etat de droit, de laisser pareille question au hasard. Pour prendre un exemple, l'arrêt annoté ne résisterait pas à un tel contrôle. Comme développé *supra*, il ne peut pas être raisonnablement soutenu que l'article 103 de la Constitution impose directement un traitement distinct des coprévenus d'un ministre. La connexité procède du Code d'instruction criminelle dont les dispositions applicables ont été expressément reconnues par la Cour de cassation. En cherchant la source de la discrimination dans une autre disposition que celle reconnue comme devant être appliquée, la Cour de cassation débordait clairement du terrain de la recevabilité assigné par l'article 26 de la loi spéciale. L'origine prétendue est non seule-

ment discutable, mais surtout lointaine, vague et imprécise. Sous des allures de légalité, la Cour de cassation a donc porté atteinte au monopole de la Cour d'arbitrage. Elle l'a fait de la même manière que si elle avait clairement répondu par la négative au vice de constitutionnalité invoqué à l'encontre d'une loi. En d'autres termes, la localisation d'une discrimination soulevée est bel et bien susceptible, dans certains cas, de déborder sur l'appréciation au fond. Or, l'argument est pratiqué par les trois hautes juridictions.

D. Précédents

18. Précédents dans la jurisprudence de la Cour de cassation. La Cour de cassation n'est pas vierge de toute "délocalisation" d'un contenu normatif ou d'une discrimination. Celle-ci peut être réalisée avec raison. Dans une espèce récente, elle se retranche ainsi derrière le monopole de la Cour d'arbitrage afin de justifier la décision du juge *a quo*. Le demandeur faisait grief à la cour d'appel d'avoir négligé d'examiner la conformité d'un arrêté royal querellé au partage de compétences relatif aux matières personnalisables contenu dans les lois spéciales de réformes institutionnelles. Selon la Cour, la violation procède de la Constitution elle-même à l'endroit de son article 128, § 1er. Ayant considéré l'arrêté royal du 27 octobre 1989, pris "au titre de la loi sur les hôpitaux coordonnée le 7 août 1987", comme étant conforme à cette loi, "la cour d'appel n'aurait pu, sans excéder ses pouvoirs, contrôler la conformité de la susdite loi à la Constitution". D'après la Cour de cassation, la cour d'appel n'était pas pour autant tenue de demander à la Cour d'arbitrage de statuer sur cette question lorsqu'elle estime, comme en l'espèce, que la réponse à la question préjudicielle n'est pas indispensable pour rendre sa décision. Quant à la question sollicitée devant la haute juridiction elle-même, elle est jugée irrecevable "à défaut de précision", le demandeur n'indiquant pas "en quoi consisterait la violation alléguée".¹⁴⁸

19. Précédents dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage. La localisation d'une discrimination dans une norme qui n'est pas soumise à son contrôle est un argument déjà avancé par la Cour d'arbitrage pour rejeter un recours en annulation. L'exemple le plus frappant s'apparente à l'espèce annotée. Il s'agit de l'arrêt n° 90/94 du 22 décembre 1994. La critique des parties requérantes était formellement dirigée contre l'article 43 de la loi ordinaire du 16 juillet

1993 visant à achever la structure fédérale de l'Etat, qui insère un article 87bis dans le Code électoral et concerne l'élection des sénateurs élus directement. Selon la Cour, il ressort de l'exposé des arguments de la requête que les griefs des requérants, selon lesquels il n'a été prévu, pour cette élection, ni une circonscription électorale distincte ni un collège électoral allemand, portent en réalité sur les articles 67, § 1er, et 68, § 3 de la Constitution, qui règlent l'élection du Sénat, de sorte que la Cour n'est pas compétente pour en connaître. La Cour ne peut en effet pas se prononcer sur un moyen qui l'amènerait à apprécier un choix fait par le Constituant (B.2.). Pour la même raison, la Cour n'est pas non plus compétente pour connaître des griefs formulés à l'encontre des articles 5, alinéa 2, 43, § 1er, et 54 de la Constitution (B.2.). Le grief des requérants était également dirigé contre le fait que la garantie d'un mandat à la Chambre des représentants est refusée aux habitants de la région de langue allemande. Selon la Cour, le grief constitue une critique des articles 61 et suivants de la Constitution, qui règlent l'élection de la Chambre. Or, la Cour n'est pas compétente pour se prononcer sur une option que le Constituant a consacrée (B.3.).¹⁴⁹

La Cour d'arbitrage ne se contente pas de localiser le contenu normatif querellé dans une norme qui ne peut pas être soumise à son contrôle. Il lui arrive aussi de localiser celui-ci dans une norme qui ne fait pas l'objet du recours en annulation. Dans la même affaire, la Cour d'arbitrage a ainsi estimé que la distinction dénoncée par les requérants est "étrangère" à la disposition entreprise.¹⁵⁰

La pratique par la Cour d'arbitrage de ce type d'argumentation n'empêche évidemment pas le juge de renvoi de se prévaloir d'un argument similaire. Dans les deux cas, il est statué sur la recevabilité de la demande à propos de la compétence du juge saisi, dans le premier pour suspendre la procédure afin de renvoyer une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage, dans le deuxième pour répondre à la question posée. Ce faisant, le juge de renvoi ne semble pas s'écarter de la recevabilité telle que limitée par l'article 26 de la loi spéciale. Il paraît en effet impensable, et surtout irréaliste, de le priver du soin de localiser l'illégalité éventuelle d'un contenu normatif applicable au litige concret, avant de poser une

question préjudicielle limitée par nature aux normes législatives. Le risque d'abus trouve plutôt sa cause dans l'absence de contrôle des motifs de refus.

20. Précédents dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. La même démarche se retrouve dans plusieurs arrêts du Conseil d'Etat. La localisation ne s'effectue toutefois pas dans un sens unique. Il arrive d'abord que la haute juridiction, saisie d'un recours visant l'annulation d'un règlement, interroge la Cour d'arbitrage parce qu'elle estime que ledit règlement ne fait qu'exécuter une loi, un décret ou une ordonnance dont la constitutionnalité est douteuse. En âme et conscience, le Conseil d'Etat s'en remet volontairement à l'appréciation de la Cour d'arbitrage.¹⁵¹ Le Conseil d'Etat argumente également dans le sens inverse, c'est-à-dire en décidant de passer outre le contrôle de la Cour constitutionnelle. Tantôt le Conseil d'Etat procède vers le haut, c'est-à-dire vers la Constitution ou le droit international. Dans ce cas, l'interprétation des normes lui revient, en rapport avec l'acte administratif entrepris devant lui. Tantôt la juridiction administrative se tourne vers les normes réglementaires auxquelles il attribue l'interprétation querellée. Le cas échéant, le contrôle de légalité lui revient de plein droit. Dans les deux hypothèses, le Conseil d'Etat "se dispense" de poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage. Le critère utilisé semble être, à première vue, un critère purement formel.

Premier cas de figure. Le Conseil d'Etat renvoie vers la Constitution ou vers le droit international. Il considère ainsi que la différence de régime entre l'enseignement officiel et l'enseignement libre, dénoncée par le requérant, trouve sa source dans l'article 24 de la Constitution et non dans l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.¹⁵² Il estime également que le sort différent réservé aux ressortissants de l'Union européenne et aux étrangers ordinaires, notamment en matière de regroupement familial, tient aux accords internationaux et non à l'article 10, 4° de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers. La norme de droit interne rappelle seulement la primauté des dispositions de droit international directement applicables et "n'a pas de portée juridique propre".¹⁵³

¹⁴² A raison, un tel contrôle n'est pas organisé puisque la force légale de la discrimination est identique aux principes d'égalité et de non-discrimination. En revanche, le problème de la compatibilité du traité international avec la Constitution est plus difficile à résoudre. La primauté du droit international commande de le préférer au droit interne. Le juge refusera donc d'appliquer une norme qui lui est contraire. Y compris lorsque le droit interne est de nature constitutionnelle? Sur la question, voy. M. le procureur général VEU, J., "Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec les traités", Bruxelles, Bruylant, 1992, 210 pp. Pour une occasion manquée d'apprécier la compatibilité du traité avec la Constitution, voy. C.E., arrêt Billy, n° 51.104, 11 janvier 1995 de M. l'auditeur BOUVIER, Ph., R.R.D., 1995, p. 230 et extraits du rapport. Voy aussi LEJEUNE, Y. et BROUWERS, Ph., "La Cour d'arbitrage face au contrôle de constitutionnalité des traités", obs. sous C.A., arrêt n° 26/91, 16 octobre 1991, J.T., 1992, pp. 671 à 676.

¹⁴³ "Tous les pouvoirs émanent de la Nation. Ils sont exercés de la manière établie par la Constitution".

¹⁴⁴ Une origine lointaine ou diffuse ne peut pas être satisfaisante.

¹⁴⁵ Voy. *supra*, n° 10.

¹⁴⁶ Voy. *infra*, n° 19.

¹⁴⁷ Pour un exemple, voy. *supra*, n° 14 et note 91.

¹⁴⁸ Cass. (2e ch.), 24 janvier 1996, RG P.95.0190.F, *précité*. L'argument a déjà été critiqué *infra*, n° 13.

¹⁴⁹ Selon la Cour, il appert en effet de la lecture conjointe des art. 62, al. 2, et 63 de la Constitution, qui règlent l'élection de la Chambre des représentants, et de l'art. 67 de la Constitution, qui fixe la composition du Sénat, que le Constituant, en considération du caractère fédératif de l'Etat, a opté, d'une part, pour une représentation garantie des communautés dans les chambres législatives fédérales en recourant à la désignation de vingt et un sénateurs par et parmi les Conseils de communauté et, d'autre part, pour une composition de la Chambre des représentants fondée uniquement sur les chiffres de la population. En outre, le principe de la représentation proportionnelle inscrit à l'art. 62 de la Constitution s'oppose à ce qu'on puisse n'élire qu'un seul député dans une circonscription électorale déterminée, ce qui serait inévitablement le cas d'une circonscription électorale distincte pour la région de langue allemande, compte tenu, d'une part, du nombre de députés et, d'autre part, du chiffre de la population (B.3.).

¹⁵⁰ Selon la Cour, la distinction opérée par les requérants entre l'absence d'une "liste distincte dans la circonscription électorale de Verviers pour les électeurs de la Communauté germanophone" et "l'existence d'une liste flamande et d'une liste française dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale" est étrangère à l'art. 9 de la loi spéciale du 16 juillet 1993 visant à achever la structure fédérale de l'Etat, dans la mesure où cette disposition modifie l'art. 24, § 3 de la loi spéciale du 8 août 1980. L'existence de listes distinctes pour l'élection du Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale est prévue par l'art. 17, § 2 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises. L'absence de listes distinctes dans la circonscription électorale de Verviers découle du mode d'élection du Conseil régional wallon, tel que celui-ci est réglé par l'art. 24, § 2 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, modifié par l'art. 9 de la loi spéciale du 16 juillet 1993. Cette disposition ne fait pas l'objet du recours en annulation (B.1.4.).

¹⁵¹ Pour une application commentée, voy. DELPERÉE, F., *op. cit.*, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1987, pp. 241 à 250, surtout pp. 244 à 246. Le Conseil d'Etat se met-il de la sorte à l'abri des critiques du milieu politique? L'auteur en appelle à ce que le recours sur question préjudicielle ne devienne pas le substitut du recours en annulation. Voy. aussi *supra*, n° 7 et note 18.

¹⁵² C.E., arrêt Bouhout, n° 46.795, 30 mars 1994, J.D.J., 1994, n° 140, p. 32 et note LAGASSE, D., p. 35, n° 9 à 10.

¹⁵³ C.E., arrêt Moustaffa Chaïri, n° 50.949, 21 décembre 1994, *précité*. Voy. sur cet arrêt ANDERSEN, R., NIHOUL, P. et DEPRE, S., *op. cit.*, 1995, pp. 164 et 165.

Deuxième cas de figure. Le Conseil d'Etat se tourne vers les actes soumis à sa censure. Dans un arrêt déjà cité, le Conseil d'Etat refuse de poser une question préjudicielle sollicitée par la requérante au motif qu'elle vise la violation des règles de compétence, non par une loi, mais par l'interprétation que lui donne (implicitement) le Roi dans un arrêté royal.¹⁵⁴ La nuance apportée par la requérante dans la question demandée était trompeuse. Ce qui justifie par ailleurs que la simple formulation d'une question par voie de conclusions ne puisse pas lier le juge de renvoi, au risque de l'absurde et de procédures dilatoires. L'arrêt rendu par le Conseil d'Etat corrige ainsi la localisation du contenu normatif applicable. La loi antérieure à la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles ne viole pas comme telle les règles de compétence qui y sont contenues. Il ne peut d'ailleurs pas être question d'un conflit entre deux lois fédérales.¹⁵⁵ C'est l'arrêté qui est partiellement illégal en tant qu'il interprète ladite loi sans tenir compte du partage de compétences établi entre-temps par la loi spéciale et en le violant.¹⁵⁶ D'autres arrêts confirment la jurisprudence. Ainsi, n'est pas de nature à être posée à la Cour d'arbitrage la question qui a trait à un conflit entre une loi fédérale et un arrêté royal pris en exécution d'une loi fédérale ou des décisions individuelles.¹⁵⁷

En fin de compte, la "délocalisation" n'est-elle pas une manière d'appliquer de façon détournée la troisième faculté, pour les juridictions ne statuant pas en dernier ressort, de refuser la question? La norme ayant valeur de loi ne violerait manifestement pas les articles constitutionnels de référence puisque c'est une disposition d'une autre nature – supérieure ou inférieure dans la hiérarchie des normes – qui est en réalité concernée. Dans l'espèce annotée, le motif avancé par la Cour de cassation reviendrait à considérer les normes alléguées par les coprévenus comme n'étant manifestement pas inconstitutionnelles puisque la discrimination est établie par la Constitution elle-même à l'article 103 de la Constitution.

A suivre le raisonnement textuel et formel jusqu'au bout, il semble que non. Le texte de l'article 26 de la loi spéciale rappelle lui-même que la constitutionnalité manifeste doit être vérifiée à propos de la loi, du décret ou de l'ordonnance. Il n'empêche que la localisation d'une discrimination peut conduire dans certains cas à un véritable contrôle constitutionnel désincarné du litige. Il y a en effet une différence entre constater que la règle applicable au litige n'est pas une norme soumise au contrôle de la Cour d'arbitrage et reconnaître qu'une norme en principe soumise à ce contrôle en "réchappe" parce que le principe serait contenu dans une

norme d'une autre nature. Lorsque le doute se fait sentir, la deuxième manière de procéder peut être rapprochée de la jurisprudence du Conseil d'Etat, lorsqu'il s'estime apte à refuser le renvoi parce que la question sollicitée "repose sur une hypothèse inexacte".¹⁵⁸

21. Le deuxième arrêt I.N.U.S.O.P. Le deuxième arrêt I.N.U.S.O.P., publié et annoté dans ce numéro de la revue, comporte un titre troisième consacré à la recevabilité de l'action publique, la connexité et la prescription. Le point III consacré à la prescription fait état dans une section C de nouvelles questions préjudicielles sollicitées par l'accusé et les coprévenus. Selon eux, la loi-programme du 24 décembre 1993 rallonge le délai de prescription applicable en l'espèce et crée de la sorte une discrimination contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution.

Le refus opposé par la Cour de cassation accentue encore le rapprochement entre la "délocalisation" d'un contenu normatif et la prétention d'une hypothèse inexacte. Selon la Cour, les questions soulevées ne rentrent pas plus que les précédentes dans le champ d'application de l'article 26 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage. Il n'y a dès lors pas lieu de les poser. Le motif repose toutefois sur une lecture des dispositions entreprises qui n'est plus du tout formelle. Selon la Cour, il appert des conclusions "que l'inégalité de traitement dont ils se plaignent résulte, selon les intéressés eux-mêmes, uniquement de la date à laquelle des actes d'instruction ou de poursuite ont été accomplis et de l'effet de tels actes sur le cours de la prescription, mais non des dispositions de l'article 25 de la loi du 24 décembre 1993". Les intéressés critiquent donc "non une distinction qui créerait cette loi, mais les effets découlant nécessairement de toute application de la loi de procédure pénale dans le temps".

Ni l'article 12 ni aucun autre article de la Constitution n'établissent le principe de l'application directe d'un nouveau délai de prescription fixé par le biais d'une loi à toutes les actions publiques nées avant son entrée en vigueur et non encore prescrites. Sur ce point, la Cour ne s'est pas trompée. Elle n'a pas osé prétendre que la discrimination procède en réalité d'un texte constitutionnel dérogeant de la sorte au principe d'égalité. L'entrée en vigueur du nouveau délai de prescription est en effet directement réglée par la loi elle-même.¹⁵⁹ En sortant ses effets, la loi est donc elle-même à l'origine d'une distinction et d'un traitement différencié. Ce faisant, elle s'aligne bien sûr sur l'application habituelle des lois de procédure pénale dans le temps.¹⁶⁰ Mais la discrimination

soulevée résulte de l'allongement du délai de prescription et non du changement, en termes absolus, des règles en cours de procédure. L'application des lois pénales dans le temps n'est évidemment pas discriminatoire en soi. De la même manière, elle ne peut pas avoir pour conséquence de valider toute discrimination qui se réalise *in concreto*.¹⁶¹

Au-delà du fond du problème qui dépasse le cadre des observations,¹⁶² il est surprenant de voir la Cour situer la discrimination autre part que dans la loi querrelée, sans pour autant la localiser dans un texte légal ne rentrant pas dans le champ d'application de l'article 26 de la loi spéciale, mais tout en concluant qu'il y est extérieur. Manifestement, la Cour a tenté d'éviter le reproche d'avoir utilisé sciemment une dispense qui lui est prohibée par la loi spéciale. Ce décidant, la Cour exerce en réalité un contrôle marginal de constitutionnalité et apprécie le fondement de la question sollicitée. Ainsi, elle examine par exemple l'existence ou non d'une distinction opérée par la loi. A l'instar du Conseil d'Etat, mais par un biais différent, de façon plus surnoise sans doute, la Cour substitue littéralement son appréciation à celle de la Cour d'arbitrage. Et ce, faut-il le rappeler, en toute impunité.

E. Quel remède?

22. Une intervention législative. Il n'est pas rare de voir le législateur chercher à neutraliser une interprétation jurisprudentielle qu'il ne partage pas.¹⁶³ Comment ne pas l'inviter à faire de même lorsqu'une pratique jurisprudentielle contournait sciemment la loi ou la Constitution? Le respect de l'obligation de renvoi préjudiciel par les hautes juridictions du pays ne peut être assuré que par l'organisation d'un recours destiné à contrôler les refus contestés.

Le choix du remède dépend avant tout des objectifs poursuivis par le mécanisme de la question préjudicielle. On a vu que l'obligation d'interroger la Cour d'arbitrage est principalement guidée par le souci de donner aux parties l'assurance que le conflit sera tranché par la Cour d'arbitrage à un moment donné de la procédure.¹⁶⁴ Or, le Conseil d'Etat et la Cour d'arbitrage sont les ultimes juridictions de recours. A

ce titre, sans aucune défiance, l'obligation de renvoi leur incombe en particulier. Mais à défaut de coopération volontaire, il faut bien trouver un "remède".¹⁶⁵

Le soin attaché à éviter la question préjudicielle semble principalement guidé par la volonté d'éviter les procédures dilatoires. Inutile de rappeler à cet égard les années et le prix qu'il aura fallu consentir par les parties insatisfaites pour se trouver enfin devant la Cour de cassation. Fort heureusement, la situation n'est pas aussi extrême devant le Conseil d'Etat. Mais les dernières années ont connu un allongement considérable de la procédure. L'ajout du temps nécessaire pour obtenir une réponse de la Cour d'arbitrage est-il à ce point démesuré?

Durant l'année 1994, le délai moyen entre la réception de la question préjudicielle et l'arrêt de la Cour d'arbitrage a été d'environ sept à huit mois,¹⁶⁶ sans compter les réponses immédiates au terme de la procédure extrêmement rapide prévue par les articles 70 à 72 de la loi spéciale.¹⁶⁷ Force est donc de constater que le temps nécessaire pour garantir au citoyen qu'il soit statué sur une éventuelle violation des principes d'égalité et de non-discrimination, est extrêmement réduit par rapport au temps que prend la justice "ordinaire" pour suivre son cours. En particulier, le justiciable soucieux de reporter autant que possible une éventuelle condamnation, dispose d'un nombre impressionnant de moyens devenus dilatoires avec le temps. Dans ces conditions, ne convient-il pas de concentrer les efforts sur les causes principales de l'arriéré judiciaire? On pense notamment aux lenteurs de l'expertise, pour prendre un exemple frappant.¹⁶⁸ N'est-il pas indécent, dans un contexte à ce point désastreux, de prétexter le risque de procédures dilatoires pour priver le citoyen d'une garantie inhérente à ses droits fondamentaux? Dans le même ordre d'idées, il devrait être possible, au moment d'établir un contrôle des refus, de veiller à presser les juges de transmettre leurs questions.¹⁶⁹ En tout état de cause, la Cour de cassation aurait été bien mal venue de considérer le renvoi préjudiciel comme prolongeant la procédure d'un délai déraisonnable alors que les faits de l'affaire I.N.U.S.O.P. datent depuis 1981 et que les actes interruptifs de prescription remontent, pour la plupart, à 1991 et 1992.¹⁷⁰

¹⁵⁴ C.E., arrêt Région wallonne, n° 29.692, 25 mars 1988, *précité* à la note 90.

¹⁵⁵ Voy. *supra*, n° 14, note 90. On se permet de parler de deux lois fédérales car si elles ont été adoptées avant que la Belgique ne soit fédérale, elles occupent ce rang depuis 1993. Dans le même sens: C.E., arrêt Huberty, n° 50.242, 16 novembre 1994.

¹⁵⁶ Dans le même sens: la loi querrelée du 22 juillet 1974 *modifiée* cette fois par la loi spéciale du 8 août 1980; C.E., arrêt S.A. Carrières et scieries Depauw, n° 32.561, 12 mai 1989, *précité* à la note 90.

¹⁵⁷ C.E., arrêt Huberty, n° 50.242, 16 novembre 1994, *précité*. La question posée par le moyen visait à concilier différentes polices existantes à propos des établissements hôteliers. Comp. C.A., arrêt n° 87/94, 7 décembre 1994, *précité*.

¹⁵⁸ C.E., arrêt Van Der Stichelen, n° 55.977, 23 octobre 1995, *précité* à la note 6.

¹⁵⁹ L'article 26 de la loi-programme du 24 décembre 1993 indique que l'article 25 entre en vigueur le jour de la publication de la loi au Moniteur belge (*Mon. b.*, 31 décembre 1993, p. 29.257).

¹⁶⁰ L'hypothèse doit être clairement distinguée de celle d'un conflit de lois équipollentes. On a vu *supra*, n° 14 et note n° 90, qu'une loi antérieure à la loi spéciale de réformes institutionnelles n'est pas en mesure de la violer car celle-ci a nécessairement modifié, voire abrogé la première. Dans l'espèce annotée, la violation soulevée ne concerne pas deux normes législatives, l'une contrôlée et l'autre de référence, mais bien une loi et les articles 10 et 11 de la Constitution.

¹⁶¹ A la lecture du résumé fait par la Cour des demandes de question préjudicielle, il faut reconnaître que les questions posées par les coprévenus de Guy Coëme ont sans doute incité la Cour à décider de la sorte. La question posée par le ministre ne laisse toutefois aucun doute sur l'obligation qu'avait la Cour de cassation de saisir la Cour d'arbitrage.

¹⁶² Voy. la contribution de VERSTRAETEN, R. publiée dans le même numéro de la revue.

¹⁶³ TULKENS, F., "La Cour d'arbitrage et le pouvoir constituant", in *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage*, op. cit., 1995, p. 33 et note 3.

¹⁶⁴ Voy. *supra*, n° 5.

¹⁶⁵ La pratique montre ainsi qu'une obligation non assortie d'une sanction n'a pas de consistance juridique même lorsqu'elle vise les plus hautes juridictions du pays.

¹⁶⁶ VAN COMPERNOLLE, J., op. cit., 1995, n° 8, p. 196.

¹⁶⁷ Si une question est posée à la Cour d'arbitrage, les rapporteurs examinent, dès réception et au vu de la décision de renvoi, s'il apparaît ou non que la question est manifestement irrecevable, sans objet ou ne relève manifestement pas de la compétence de la Cour d'arbitrage. Celle-ci n'hésitera pas à faire apparaître la disposition constitutionnelle simplement rappelée si la violation touche une autre norme que celle alléguée et qui n'a pas la valeur d'une loi. Dans l'espèce annotée, toutefois, une disposition constitutionnelle n'est pas rappelée par une loi. Une référence implicite à la procédure pénale de droit commun dans un article consacré aux ministres suffirait, selon la Cour de cassation, à justifier une discrimination dans le chef de coprévenus d'un ministre. Voy. *supra*, n° 15.

¹⁶⁸ Voy. récemment MOUGENOT, D., "Durée des expertises et contrôle du juge", *J.T.*, 1996, p. 361 à 364.

¹⁶⁹ VAN COMPERNOLLE, J. dénonce avec raison le délai parfois très anormal qui sépare le moment où la juridiction décide de poser la question préjudicielle et la date à laquelle le jugement posant cette question parvient à la Cour d'arbitrage. Ce délai est parfois largement supérieur au temps nécessaire à la Cour pour répondre! (op. cit., 1995, n° 8, p. 197).

¹⁷⁰ SOHIER, J. et TULKENS, F., op. cit., *Journal des procès*, 1996, n° 5, p. 29 et note 13, p. 30. A propos du droit à ce que sa cause soit jugée dans un délai raisonnable, voy. *supra*, note 57.

Les lignes qui précèdent indiquent clairement que le contrôle des motifs conduisant à refuser le renvoi est parfaitement compatible avec les objectifs poursuivis par le mécanisme préjudiciel. Il est surtout indispensable en présence d'une obligation de renvoi. L'organisation d'un recours à cette fin réclame assurément une intervention législative.¹⁷¹ Comme il a été relevé plus haut, le contrôle doit s'effectuer au cas par cas, puisqu'au moment de décider du renvoi, la frontière entre la "recevabilité" et le "fond" n'est pas localisable avec précision. En même temps, il doit être rapide, efficace et limité aux décisions de refus, sur recours d'une partie à la cause. De même que les rapporteurs examinent, dès réception et au vu de la décision de renvoi, s'il apparaît ou non que la question est manifestement irrecevable, sans objet ou ne relève manifestement pas de la compétence de la Cour d'arbitrage, un contrôle apparenté peut être opéré à partir de la décision de refus.¹⁷² En cas de respect de l'article 26 de la loi spéciale, le demandeur à l'origine du contrôle sera rapidement débouté. Mais si la disposition a été violée, on peut alors imaginer non pas une "cassation" qui véhiculerait un sentiment marqué de suprématie, mais plutôt une saisine d'office. La Cour d'arbitrage procéderait dès ce moment au contrôle de constitutionnalité auquel les deux hautes juridictions pensaient à tort pouvoir se soustraire, voire qu'elles ont exercé elles-mêmes, le cas échéant, en violation de l'article 26 de la loi spéciale.¹⁷³

Il ne semble pas qu'un tel système donne lieu à une "guerre des hautes juridictions". Au contraire, la situation actuelle est dans un certain sens hypocrite et crée l'ambiguïté. L'obligation incontrolée de renvoi concourt avec le contrôle diffus de constitutionnalité au développement possible d'une jurisprudence judiciaire et administrative divergente de celle de la Cour d'arbitrage, non seulement quant à la règle constitutionnelle interprétée, mais aussi quant aux normes législatives interprétées de manière à les rendre conformes à la Constitution. S'il est souhaitable que la Cour privilégie le postulat de rationalité du législateur, il est en revanche déplorable que, dans certains cas, la Cour soit contrainte au respect d'une interprétation de la loi donnée par les juges administratifs et judiciaires. Il est de même inadmissible d'être amené à devoir constater que la Cour craint particulièrement de remettre en cause les interprétations de la

Cour de cassation et du Conseil d'Etat, de peur de n'être pas suivie par les juges de fond soumis au contrôle des deux hautes juridictions.¹⁷⁴ En clair, la sécurité juridique ne peut pas être assurée par le seul espoir de jurisprudences concordantes.

CONCLUSION

23. L'obligation de renvoi particulièrement lourde qui pèse sur les juridictions statuant en dernier ressort vise avant tout à garantir au citoyen l'intervention de la Cour d'arbitrage à un moment donné de la procédure. La Cour est en effet le garant exclusif du respect des principes d'égalité et de non-discrimination par la loi, le décret ou l'ordonnance. Permettre au citoyen de soulever par voie préjudicielle cette question précise, lorsqu'elle surgit dans un litige concret, concourt directement à la réalité des deux principes qui constituent des droits fondamentaux. Dans ce cadre, les hautes juridictions ne sont pas "les plus mal aimés" d'entre les juges de renvoi.¹⁷⁵ Elles sont seulement, de par le rang qu'elles occupent, les destinataires naturels et privilégiés d'une obligation stricte de renvoi.

C'est pourquoi l'abondante jurisprudence mise au service de véritables "dénis de renvoi préjudiciel" ne manque pas de surprendre. La Cour de cassation et le Conseil d'Etat ont-ils le sentiment de "se soumettre" à l'appréciation de la Cour d'arbitrage à l'occasion du renvoi?¹⁷⁶ Pourtant, lorsque sont concernées des compétences distinctes et exclusives, il s'agit plutôt de déferer une question précise et incidente, avec l'assurance d'un respect réciproque, du côté du juge de renvoi de ne pas empiéter sur le contrôle de constitutionnalité limité et réservé par la Constitution à la Cour d'arbitrage, du côté de la Cour constitutionnelle de ne pas s'immiscer dans le litige concret qu'il appartient au juge *a quo* de vider. Autrement dit, les juridictions de renvoi ne peuvent pas "dépendre" de la Cour d'arbitrage à propos d'une compétence qui lui est expressément réservée.¹⁷⁷ Il reste que, comme on l'a montré, les hautes juridictions de renvoi ne respectent pas leur obligation et ne tiennent pas leur "rôle".¹⁷⁸ Peut-être par esprit de revanche, mais pas tellement envers la Cour d'arbitrage dont la question préjudicielle est organisée à l'image de

la Cour, à "vocation limitée". Plutôt vis-à-vis du législateur qui, en 1989, n'a pas hésité à leur manifester sa méfiance au moment de renforcer leur obligation de renvoi. En toute hypothèse, pareille attitude ne peut déboucher à terme que sur la consolidation des compétences de la Cour constitutionnelle. Car face aux contours constitutionnels répétés, surtout à l'occasion de dossiers importants, on imagine sans difficultés le législateur être tenté de recourir à un expédient: conférer à la Cour d'arbitrage un contrôle plus étendu avec une autorité plus grande.

L'espèce annotée s'inscrit dans la tourmente entre hautes juridictions. La Cour de cassation utilise un "subterfuge"¹⁷⁹ lui permettant d'éviter, sous une apparence de légalité, le renvoi préjudiciel sollicité par les coprévenus du ministre Guy Coëme. Ceux-ci sont en effet surpris d'être attirés devant la Cour de cassation en vertu des règles de connexité, ce qui a pour effet de les priver de la possibilité de se défendre devant les juridictions d'instruction, d'un double degré de juridiction ainsi que d'un recours en cassation. Une situation assurément discriminatoire. Fallait-il encore être en mesure de saisir la Cour d'arbitrage afin d'apprécier son éventuelle légitimité. La Cour de cassation évite l'"obstacle" en délocalisant la discrimination soulevée du Code d'instruction criminelle vers la Constitution. Selon la Cour, à supposer qu'une discrimination soit établie, elle le serait non par les articles visés dans les conclusions des parties, mais par l'article 103 de la Constitution en ce qu'il confère compétence à la Cour de cassation pour juger les ministres dans les conditions que cette disposition constitutionnelle détermine.

Le raisonnement est correct sur le plan juridique car la Cour de cassation n'est pas tenue de saisir la Cour d'arbitrage de questions liées à des articles de la Constitution. Ce sont toutefois les prémisses du raisonnement qui ne sont pas valides. L'article 103 de la Constitution ne concerne que les ministres. Il n'est donc pas en mesure de légitimer la discrimination subie par les coprévenus d'un ministre. L'article 103 n'établit pas non plus les règles matérielles de connexité, ce que fait en revanche une norme législative, le Code d'instruction criminelle, formellement soumis au contrôle de la Cour d'arbitrage. Le motif avancé s'apparente dès lors à une violation de l'obligation de renvoi. L'attention est donc attirée sur le risque d'abus que comporte l'appréciation de la recevabilité d'une demande de renvoi préjudiciel, sans contrôle des motifs de refus. En particulier, le risque s'accroît lorsque la localisation formelle d'un contenu normatif applicable est sujette à discussion et que la compétence de la Cour d'arbitrage en dépend. A cet égard, la pratique régulière du motif par les trois hautes juridictions n'est sans doute pas de nature à rassurer.

La Cour de cassation ne commet pas un "dénier de renvoi préjudiciel" dans l'affaire I.N.U.S.O.P.; elle en commet deux. Le deuxième arrêt de la Cour est l'occasion pour elle de substituer plus nettement encore son contrôle de constitutionna-

lité à celui de la Cour d'arbitrage, toujours sous l'apparence d'une demande de renvoi jugée irrecevable. Cette fois est en cause une loi postérieure aux faits et aux actes interruptifs de la prescription, ayant pour effet l'application de nouveaux délais de prescription rallongeant de la sorte les anciens délais. Pour le ministre et les coprévenus, il y a encore discrimination. Selon la Cour, il n'y en a pas. La loi ne fait aucune distinction mais comporte seulement des effets découlant nécessairement de toute application de la loi de procédure pénale dans le temps. En statuant sur l'existence d'un traitement différencié, la Cour exerce manifestement un contrôle de constitutionnalité et empiète clairement sur la compétence exclusive de la Cour d'arbitrage. Le rôle qu'elle s'attribue ne vise plus du tout la détermination de la loi applicable à l'espèce ou l'examen de la recevabilité de la demande de renvoi. La Cour s'est donc laissée tenter. Il faut toutefois bien reconnaître que la tentation du "dénier de renvoi préjudiciel" est grande pour les hautes juridictions en l'absence de tout contrôle.

Faut-il que le législateur intervienne face à ce qui a été poliment qualifié des "réticences"¹⁸⁰ à respecter l'obligation de renvoi? C'est ce que semble appeler les violations répétées et délibérées de l'article 26 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage, lorsque ce n'est pas la Constitution, par les trois hautes juridictions. C'est surtout indispensable si celles-ci en viennent à considérer que le droit d'être jugé dans un délai raisonnable leur permet d'éviter le renvoi préjudiciel, même obligatoire, en appréciant l'utilité du renvoi à partir des trois dispenses de l'article 26, § 2, pourtant réservées aux juridictions ne statuant pas en dernier ressort.¹⁸¹ Face à "tant d'imagination dépensée dans le seul but de contourner la loi (...) peut-être serait-il plus sage de laisser à la Cour d'arbitrage le soin de faire elle-même le tri entre les questions inutiles et les questions sérieuses et de réduire les délais dans lesquels elle donnera sa réponse".¹⁸² Sans aller forcément jusque là, un remède semble inéluctable. Si le législateur n'instaure pas dans la loi spéciale un contrôle des refus contestés, mieux vaut de suite y gommer l'obligation spéciale de renvoi pour les juridictions statuant en dernier ressort. En toute hypothèse, il a été démontré que le contrôle est compatible avec les objectifs poursuivis par le mécanisme préjudiciel. Il devrait prendre (encore) moins de temps que le renvoi préjudiciel dans sa version actuelle. Il peut être limité à l'examen de la recevabilité du renvoi, sur base de l'article 26 de la loi spéciale, afin de ne pas prononcer l'éventuel sentiment de subordination.¹⁸³

Si le législateur intervient dans le sens souhaité, il convient de corriger en même temps les effets pervers de l'obligation de renvoi. Le mécanisme préjudiciel poursuit en effet deux objectifs qu'il convient d'équilibrer. La garantie de voir intervenir la Cour d'arbitrage ne peut pas devenir un moyen dilatoire. Ainsi, en matière pénale, devant la Cour de cassation, il convient de prévenir le risque de voir introduire des

¹⁷¹ Dans ce sens: LAGASSE, D., *op. cit.*, J.T., 1996, p. 158 et *op. cit.*, J.D.J., 1994, p. 35, n° 10. Face aux empiètements dénoncés, l'auteur préconise que le législateur fédéral amende la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage en vue d'instituer en pareil cas la possibilité pour le requérant de saisir cette Cour d'un recours contre l'arrêt du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation refusant illégalement de poser la question préjudicielle.

¹⁷² Le risque de recours dilatoires serait ainsi fortement réduit, vu le peu de temps gagné par la procédure raccourcie ou du type de celle déjà prévue aux art. 70 à 72 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage (voy. *supra*, n° 6). L'établissement d'une jurisprudence constante, déjà existante à de nombreux égards, ne tarderait pas à diminuer la durée de la procédure et à jalonner les chances de réussite d'un tel recours.

¹⁷³ Dans ce sens, mais à l'initiative personnelle de la Cour d'arbitrage et sans l'aménagement d'un recours contre le refus de renvoi, voy. RIGAUX, M.-F., *op. cit.*, J.L.M.B., 1990, p. 211, n° 9. La saisine d'office doit permettre de cantonner la Cour d'arbitrage au rôle qui lui est réservé par la Constitution. Il ne s'agit en effet pas de priver la juridiction de renvoi de la faculté d'interpréter la Constitution. La violation de l'art. 26 ne concerne pas l'interprétation de la Constitution mais le contrôle de la validité des normes législatives.

¹⁷⁴ L'analyse est le résultat de l'étude précitée de LOMBAERT, B., *R.B.D.C.*, 1996, à paraître. L'auteur parle en conclusion d'un véritable "jeu du chat et de la souris" entre les trois hautes juridictions du pays.

¹⁷⁵ MARTENS, P., *op. cit.*, 1991, p. 63.

¹⁷⁶ Sur l'absence de tout lien de subordination entre le juge de renvoi et la Cour d'arbitrage, voy. MELCHIOR, M., *op. cit.*, *R.B.D.C.*, 1995, p. 62, n° 3; VANDERNOOT, P., *op. cit.*, 1992, n° 2, p. 358.

¹⁷⁷ Sur ce point, comp. MELCHIOR, M., *op. cit.*, *R.B.D.C.*, 1995, pp. 63 et 64, n° 6 et 7.

¹⁷⁸ VANDERNOOT, P., *op. cit.*, 1992, p. 371, n° 16.

¹⁷⁹ SOHIER, J. et TULKENS, F., *op. cit.*, *Journal des procès*, 1996, n° 5, p. 30.

¹⁸⁰ SOHIER, J. et TULKENS, F., *op. cit.*, *Journal des procès*, 1996, n° 5, p. 29.

¹⁸¹ SIMONART, H., *op. cit.*, 1992, pp. 1480 et 1481, n° 14.

¹⁸² MARTENS, P., *op. cit.*, 1991, p. 66.

¹⁸³ Le contrôle limité aux motifs de refus a pour seule conséquence de rendre effective l'obligation de renvoi déjà existante. Le sentiment de subordination ne devrait donc pas être accentué par rapport à celui éventuellement ressenti en 1989.

demandes de renvoi répétées destinées à gagner du temps. En effet, dans l'état actuel de la procédure et de l'article 26 de la loi spéciale, la Cour de cassation est en principe tenue d'interroger la Cour d'arbitrage autant de fois que sollicité. En sachant pertinemment bien que le renvoi a un effet suspensif sur la procédure, le risque de paralysie est donc bien réel. Dans le même ordre d'idées, il serait plus logique de dispenser de renvoi le juge statuant en référé, en particulier le juge administratif dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours.¹⁸⁴ Finalement, le législateur devrait s'attacher à ponctuer le renvoi de délais destinés à éviter les pertes de temps inutiles dans la communication des décisions de renvoi.¹⁸⁵

Le législateur spécial n'est pas le seul à pouvoir intervenir. Le Constituant pourrait également le faire puisque sont en jeu des droits fondamentaux. Son intervention est-elle seulement souhaitable? Dans son état actuel, la Constitution reconnaît expressément à l'alinéa 3 de son article 142 la *faculté* dans le chef de toute juridiction d'interroger la Cour. Ne faut-il pas établir une relation plus étroite entre la Cour d'arbitrage et les juridictions à cet endroit privilégié dans la hiérarchie des normes? Pas en instaurant une obligation inconditionnelle qui conduirait évidemment à l'absurde. Mais en reconnaissant par exemple le droit pour le citoyen de saisir la Cour d'arbitrage, à un moment donné de la procédure, pour trancher une question qui lui est réservée.

La constitutionnalisation des diverses branches du droit signifie que nos constitutions ne peuvent plus être tenues "pour des catalogues de préceptes décoratifs".¹⁸⁶ Il faut espérer que le "déplément" que connaissent les principes d'égalité et de non discrimination¹⁸⁷ soit accompagné au plus tôt d'un contrôle à la fois plus étendu et plus contraignant par la Cour d'arbitrage. Y contribue directement l'aménagement des mécanismes de contrôle constitutionnel pour rendre celui-ci toujours plus effectif. A cet égard, deux leçons peuvent être tirées: l'effectivité devrait être d'autant plus grande que le contrôle est directement organisé par la Constitution et par la loi spéciale; elle ne l'est toutefois pas à défaut de palliatifs en cas de déviction.

Pour l'heure, l'espèce annotée risque bien de ne pas être unique en son genre. D'autres affaires suivent devant la Cour de cassation. Laissera-t-on aller les choses comme on l'a fait à propos de l'article 103 de la Constitution, toujours privé d'une loi d'application? En l'absence de recours organisé pour contrôler les refus de renvoi, on peut toujours inviter les hautes juridictions à faire preuve de réserves. Vu la jurisprudence exposée *supra*, on laissera toutefois à d'autres le soin de prêcher dans le désert. En rappelant toutefois que le propos n'est pas de conclure à la discrimination "couverte" par la Cour de cassation. Au contraire, il y a fort à parier que la Cour d'arbitrage, dans son état actuel, n'aurait pas exercé une censure.

¹⁸⁴ Voy. *supra*, note 95.

¹⁸⁵ Voy. *supra*, n° 22.

¹⁸⁶ MARTENS, P., *op. cit.*, J.L.M.B., 1996, n° 19, p. 733.

¹⁸⁷ MARTENS, P., "Thémis et ses plumes. Réflexions sur l'écriture juridique", in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 370. Voy. aussi GILLIAUX, P., "La protection spéciale de l'égalité est-elle limitée à la seule violation des art. 6 et 6bis de la Constitution?", obs. sous C.A., 23 mai 1990, J.L.M.B., 1990, pp. 1303 à 1317.